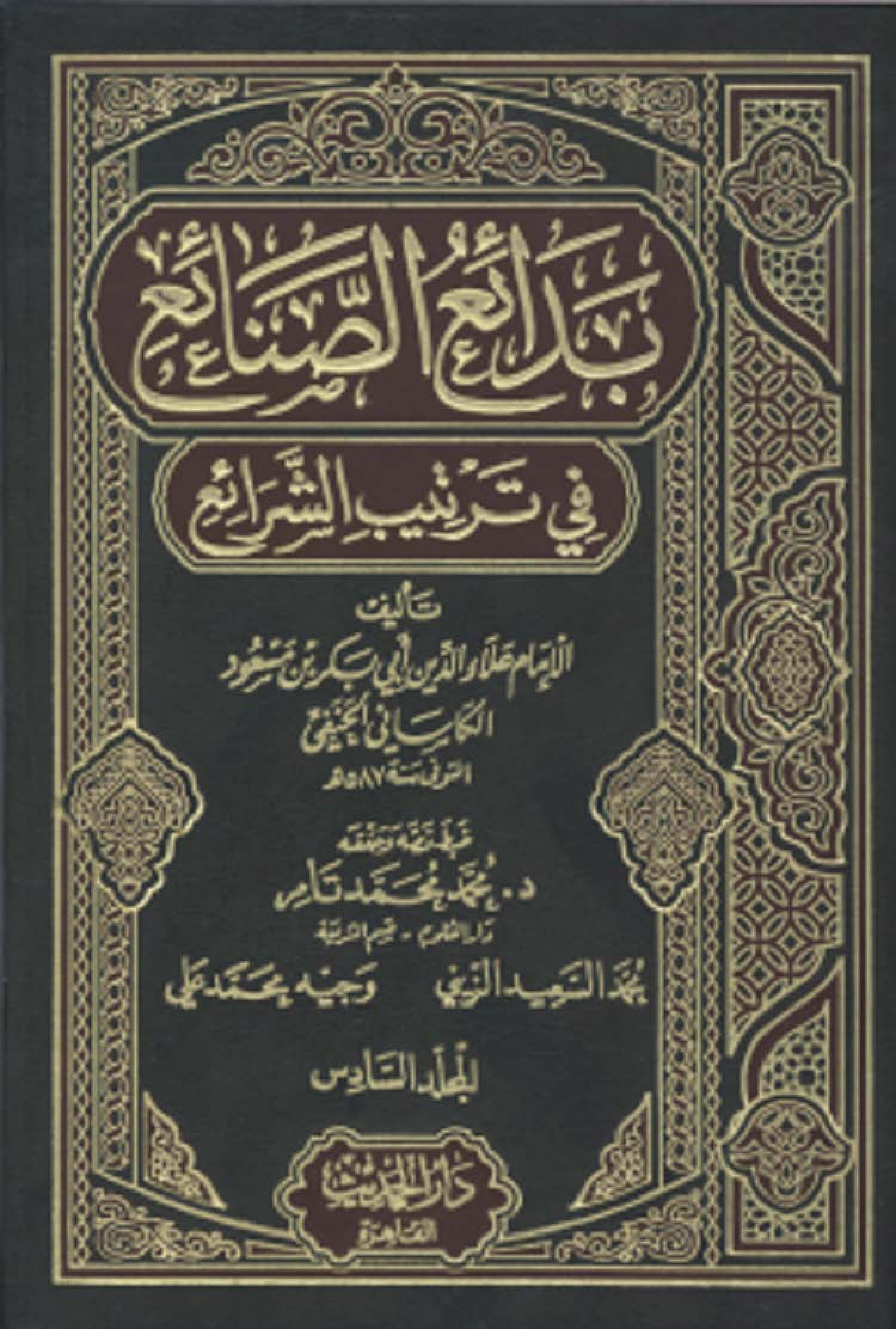

بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧هـ
د. محمد محمد تامر
دار العلوم - قسم الشريعة
محمد السيد النمر
وجيه محمد علي
المجلد السادس
دار الحديث
القاهرة



اسم الكتـــاب : بدائع الصنائع

اسم المؤلـــف : الإمام الكاساني الحنفي

اسم المحقـــق : د . محمد محمد تامر

القطـــــع : ١٧×٢٤سم

عدد المجـــلدات : ١٠ مجلدات

سنة الطبـــع : ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م



رقـــم الإيـــداع : ١٨٩٧٧ / ٢٠٠٤م

الترقيـــم الدولى : ٨- ٨١ - ٠ - ٣٠٠ - ٩٧٧

6 222007 702440

دار الحديث

طبـــع . نشـــر . توزيـــع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون : ٥٨٩٩٤٠٩ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ فاكس : ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com

E-mail: info@darelhadith.com



تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود

الكاساني الحنفي

المتوفى سنة ٥٨٧هـ

حققه على نسخة مخطوطة كاملة وعلق عليه

د/ محمد محمد تامر

كلية دار العلوم - قسم الشريعة

المجلد السادس

دار الحديث

القاهرة



بقية كتاب الإجارة



[بقية كتاب الإجارة]

وَأمّا الاستِئجارُ على نَقْلِه من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ: فقد قال محمّدٌ: ابتُلينا بمسألةِ مَيِّتٍ مات من المُشرِكينَ فاستَأجَروا له مَنْ يَحمِلُه إلى موضِعٍ فيَدْفِنُه في غيرِ الموضِعِ الذي مات فيه أرادَ بذلك: إذا استَأجَروا له مَنْ يَنقُلُه من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ، فقال أبو يوسُفَ: لا أجرَ له، وقُلْت أنا: إنْ كان الحمّالُ الذي حَمَلَه يعلَمُ أنّه جيفةٌ؛ فلا أجرَ له، وإنْ لم يعلم فلَه الأجرُ.

وجه (قولِ محمّدٍ) [(١)]: أنّ الأجيرَ إذا عَلِمَ أنّه جيفةٌ فقد نَقَلَ ما لا يجوزُ له نَقْلُه؛ فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ، وإذا لم يعلم فقد غرّوه بالتّسْميةِ، والغرورُ يوجِبُ الضّمانَ.

ولأبي يوسُفَ: أنّ الأصلَ أنْ لا يجوزَ نَقْلُ الجيفةِ، وإنّما رُخِّصَ في نَقْلِها للضّرورةِ وهي ضَرورةُ رَفْعِ [(٢)] أذيّتِها، ولا ضَرورةَ في النّقْلِ من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ، فبَقيَ على أصلِ الحُرْمةِ كنَقْلِ الميْتةِ من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ.

ومَنِ استَأجَرَ حَمّالاً يَحمِلُ له الخمْرَ فلَه الأجرُ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا أجرَ له، كذا ذُكِرَ في الأصلِ، وذَكَرَ في الجامعِ الصّغيرِ أنّه يَطيبُ له الأجرُ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما يُكرَه، لهُمَا أنّ هذه إجارةٌ على المعصيةِ؛ لأنّ حَمْلَ الخمْرِ معصيةٌ لكَوْنِه إعانةً [على المعصيةِ] [(٣)]، وقد قال اللّه عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] ولهذا لَعَنَ اللّه تعالى في الخمر عشرةً: منهم حامِلُها والمحمولُ إليه [(٤)].

ولأبي حنيفةَ: أنّ نفسَ الحمْلِ ليس بمعصيةٍ بدَليلِ أنّ حَمْلَها للإراقةِ والتّخْليلِ مُباحٌ، وكذا ليس بسببٍ للمعصيةِ وهو الشُّرْبُ؛ لأنّ ذلك يَحْصُلُ بفعلِ فاعِلٍ مُخْتارٍ، وليس الحمْلُ من ضَروراتِ الشُّرْب، فكانت سببًا محضًا، فلا حُكمَ له كعَصْرِ العِنَب وقَطْفِه، والحديثُ محمولٌ على الحمْلِ بنيّةِ الشُّرْب، وبه نَقولُ لإن ذلك معصيةٌ، ويُكرَه أكلُ أُجْرَتِه، ولا [(٥)] تجوزُ إجارةُ الإماءِ للزّنا؛ لأنّها إجارةٌ على المعصيةِ وقيلَ: فيه نزل قوله

---

(١) في المخطوط: «قوله».
(٢) في المخطوط: «دفع».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) أخرجه أبو داود، كتاب: الأشربة، باب: في العنب يعصر للخمر، برقم (٣٦٧٤)، وابن ماجه، برقم (٣٣٨٠)، وأبو يعلى (٩/ ٤٣١) برقم (٥٥٨٣) من حديث ابن عمر.
(٥) في المخطوط: «فلا».

تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [النور: ٣٣] (١).

ورُوِيَ عن (٢) رسولِ اللّه ﷺ [أنه] (٣) نَهَى عن مَهْرِ البغيِّ (٤)، وهو أجرُ الزّانيةِ على الزّنا.

وتجوزُ الإجارةُ للحِجامةِ وأخذُ الأُجْرةِ (٥) عليها؛ لأنّ الحِجامةَ أمرٌ مُباحٌ وما ورَدَ من النّهيِ عن كسْب الحجّام [في الحديثِ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «من السُّحتِ عَسْبُ (٦) التّيْسِ وكَسْبُ الحجّامِ» (٧)] (٨)؛ فهو محمولٌ على الكراهةِ لدَناءةِ الفعلِ.

والدّليلُ عليه: ما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ لَمّا قال ذلك أتاه رجلٌ من الأنْصارِ فقال: إنّ لي حَجّامًا وناضِحًا فأعلِفُ ناضِحي من كسْبه، قال ﷺ: «نَعَم» (٩).

ورُوِيَ أنّه ﷺ احتجَمَ وأعطَى الحجّامَ دينارًا (١٠).

ولا يجوزُ استِئْجارُ الرّجُلِ أباه ليَخْدُمَه؛ لأنّه مأمورٌ بتعظيمِ أبيه وفي الاستخدامِ استخفافٌ به، فكان حَرامًا فكان هذا استِئْجارًا على المعصيةِ وسَواءٌ كان الأبُ حُرًّا أو عبدًا

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: ثمن الكلب، برقم (٢٢٣٧)، ومسلم، برقم (١٥٦٧)، وأبو داود، برقم (٣٤٢٨)، والترمذي، برقم (١١٣٣)، والنسائي، برقم (٤٢٩٢)، وابن ماجه، برقم (٢١٥٩) من حديث أبي مسعود عقبة بن عمرو البدري.

(٢) في المخطوط: «أن». (٣) ليست في المخطوط.

(٤) أخرجه مطولا البخاري، كتاب الطلاق، باب مهر البغي والنكاح الفاسد، برقم (٥٣٤٦)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي، برقم (١٥٦٧) من حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه.

(٥) في المخطوط: «الأجر».

(٦) العسب: كراء ضراب الفحل، وهو أخذ الأجرة على مائه، انظر مختار الصحاح (٢٥٨).

(٧) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٣٥): «غريب بهذا اللفظ»، أي: لا أصل له بهذا اللفظ. ثم قال: «ومعناه أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي عن علي بن الحكم عن نافع عن ابن عمر، أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل».

قلت: هو عند البخاري، كتاب الإجارة، باب عسب الفحل، برقم (٢٢٨٤)، وأبو داود برقم (٣٤٢٩)، والترمذي، برقم (١٢٧٣)، والنسائي، برقم (٤٦٧١) من طريق علي بن الحكم به.

(٨) ليست في المخطوط.

(٩) أخرجه بنحوه: الطبراني في «المعجم الكبير» (٤/ ٢٧٥) برقم (٤٤٠٦) من حديث عباية بن رافع.

(١٠) أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب السعوط، برقم (٥٦٩١)، ومسلم، برقم (١٢٠٢)، والنسائي في «الكبرى» (٤/ ٣٧٣) برقم٧٥٨٠)، وأحمد، برقم (٢٢٤٩) من حديث ابن عباس.

استأجَرَه ابنُه من مولاه ليَخْدُمَه؛ لأنّه لا يجوزُ استِئْجارُ (١) الأب حُرًّا كان أو عبدًا، وسَواءٌ كان الأبُ مسلمًا أو ذِمّيًا؛ لأنّ تعظيمَ الأب واجِبٌ وإنِ اختلف الدّينُ قال اللّه تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان:١٥] وهذا في الأبوَيْنِ الكافرَيْنِ؛ لأنّه معطوفٌ على قولِه عزّ وجلّ: ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾ [لقمان:١٥] [﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان:١٥]] (٢)، وإنْ شئت أفرَدْت لجِنْسِ هذه المسائلِ شرطًا، وخرّجْتَها عليه فقُلْت:

ومنها: أنْ تكونَ المنفَعةُ مُباحةَ (٣) الاستيفاءِ، فإنْ (كانت محظورةَ) (٤) الاستيفاءِ لم تَجُزِ الإجارةُ [٢/ ٢٢٨ ب] لكنّ في هذا شُبْهةَ التّداخُلِ في الشُّروطِ، والصِّناعةُ تمنَعُ من ذلك.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا استَأجَرَ رجلاً على العمَلِ في شيءٍ، هو فيه شريكُه نحوُ ما إذا كان بين اثنَيْنِ طعامٌ، فاستَأجَرَ أحدُهما صاحِبَه على أنْ يَحمِلَ نصيبَه إلى مَكان معلومٍ، والطّعامُ غيرُ مقسومٍ فحَمَلَ الطّعامَ كُلّه أو استَأجَرَ غُلامَ صاحِبه أو دابّةَ صاحِبه على ذلك؛ أنّه لا تجوزُ هذه الإجارةُ عندَ أصحابنا، وإذا حَمَلَ لا أجرَ له، وعندَ الشّافعيِّ: هذه الإجارةُ جائزةٌ وله الأجرُ إذا حَمَلَ.

(وجه قولِه: أنّ الأجيرَ بائعٌ) (٥) نصفَ مَنْفَعةِ الحمْلِ الشّائعةِ (٦) من شريكِه؛ لأنّ الإجارةَ بيعُ المنفَعةِ فتَصحُّ في الشّائعِ كبيعِ العيْنِ، وهذا؛ لأنّ عَمَلَه - وهو الحمْلُ - وإنْ صادَفَ مَحلاًّ مُشْتَرَكًا وهو لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ بالعمَلِ في نصيب نفسِه، فيَسْتَحِقُّها (٧) بالعمَلِ في نصيب شريكِه.

ولنَا: أنّه أجّرَ ما لا يقدِرُ على إيفائه لتَعَذُّرِ تَسْليم الشّائعِ بنفسِه، فلم يكنِ المعقودُ عليه مقدورَ الاستيفاءِ، وإنّما لا يجبُ الأجرُ أصلاً؛ لأنّه لا يُتَصَوّرُ استيفاءُ المعقودِ عليه إذْ لا يُتَصَوّرُ حَمْلُ نصفِ الطّعامِ تَبايُعًا، ووجوبُ أجرِ المثلِ يَقِفُ على استيفاءِ المعقودِ عليه، ولم يوجدْ، فلا يجبُ، بخلافِ ما إذا استَأجَرَ من رجلٍ بيتًا له ليَضَعَ فيه طعامًا مُشْتَرَكًا

(١) في المخطوط: «استخدام».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «مباح».
(٤) في المخطوط: «كان محظور».
(٥) في المطبوع: «وبه قوله أن الأجر تابعٌ».
(٦) في المخطوط: «الشائع».
(٧) في المخطوط: «يستحقها».

بينهما أو سَفينةً أو جوالِقًا، أنّ الإجارةَ جائزةٌ؛ لأنّ التّسْليمَ ثَمّةَ يتحقّقُ بدونِ الوضْعِ بدَليلِ أنّه لو سَلّمَ السّفينةَ والبيتَ والجوالِقَ ولم يَضَعْ وجَبَ الأجرُ وههنا لا يتحقّقُ بدونِ العمَلِ، وهو الحمْلُ، والمشاعُ غيرُ مقدورِ الحمْلِ بنفسِه.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في طعامٍ بين رجلَيْنِ ولأحدِهما سَفينةٌ، وأرادا أنْ يُخْرِجا الطّعامَ من بَلَدِهما [1] إلى بَلَدٍ آخَرَ، فاستَأجَرَ أحدُهما (نصفَ السّفينةِ من) [2] صاحِبه أو أرادَ أنْ يَطْحَنا الطّعامَ فاستَأجَرَ أحدُهما نصفَ الرّحَى الذي لشريكِه أو استَأجَرَ أنْصافَ جوالِقِه ليَحمِلَ عليه الطّعامَ إلى مَكّةَ فهو جائزٌ، وهذا على قولِ مَنْ يُجيزُ إجارةَ المشاعِ.

والأصلُ [فيه] [3] أنّ كُلّ موضِعٍ لا يَسْتَحِقُّ فيه الأُجْرةَ إلاّ بالعمَلِ لا تجوزُ الإجارةُ فيه على العمَلِ في الحمْلِ مُشْتَرَكَةً [4] وما يَسْتَحِقُّ فيه الأُجْرةَ من غيرِ عَمَلٍ تجوزُ الإجارةُ فيه لوَضْعِ العيْنِ المُشْتَرَكةِ في المُسْتَأجَرِ.

وفقه هذا الأصلِ: ما ذَكَرْنا أنّ ما لا تجبُ الأُجْرةُ فيه إلاّ بالعمَلِ، فلا بُدّ من إمكانِ إيفاءِ العمَلِ، ولا تمكينَ من العيْنِ المُشْتَرَكةِ، فلا يكونُ المعقودُ عليه مقدورَ التّسْليمِ، فلا يكونُ مقدورَ الاستيفاءِ، فلم تَجُزِ الإجارةُ، وما لا يَقِفُ وجوبُ الأُجْرةِ فيه على العمَلِ كان المعقودُ عليه مقدورَ التّسْليمِ والاستيفاءِ بدونِه؛ فتجوزُ الإجارةُ.

وَعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا استَأجَرَ رجلاً على أنْ يَحمِلَ له طعامًا بعَيْنِه إلى مَكانٍ مَخْصوصٍ [5] بقَفيزٍ منه أو استَأجَرَ غُلامَه أو دابّتَه على ذلك، أنّه لا يصحُّ؛ لأنّه لو صَحّ لَبَطَلَ من حيثُ صَحّ؛ لأنّ الأجيرَ يصيرُ شريكًا بأوّلِ جزءٍ من العمَلِ، وهو الحمْلُ، فكان عَمَلُه بعدَ ذلك فيما هو شريكٌ فيه وذلك [6] لا يجوزُ لما بيّنّا وإذا حَمَلَ فلَه [7] أجرُ مثلِه؛ لأنّه استَوْفَى المنافِعَ بعقدٍ فاسِدٍ، فيجبُ أجرُ المثلِ ولا يتجاوَزُ به قَفيزًا؛ لأنّ الواجِبَ في الإجارةِ [8] الفاسِدةِ الأقلُّ من المُسَمّى ومن أجرِ المثلِ لما نَذْكُرُ في بيانِ حُكمِ الإجارةِ الفاسِدةِ إنْ شاء اللّه تعالى.

---

(١) في المخطوط: «عندهما».
(٢) في المخطوط: «نصف سفينة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «مشترك».
(٥) في المخطوط: «معلوم».
(٦) في المخطوط: «وذا».
(٧) في المخطوط: «له».
(٨) في المخطوط: «الإجارات».

ومنها: أنْ لا يكونَ العمَلُ المُسْتَأجَرُ له فرضًا ولا واجِبًا على الأجيرِ قبل الإجارةِ، فإنْ كان فرضًا أو واجِبًا [عليه] (١) قبل الإجارةِ لم تَصِحّ الإجارةُ؛ لأنّ مَنْ أتى بعَمَلٍ يُسْتَحقُّ عليه لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ كمَنْ قضَى دَيْنًا عليه، ولهذا قُلْنا: إنّ الثّوابَ على العِباداتِ والقُرَب والطّاعاتِ أفْضالٌ من اللّه سبحانه غيرُ مُسْتَحقٌّ عليه؛ لأنّ وجوبَها على العبدِ بحقِّ العُبوديّةِ لمولاه؛ لأنّ خدمةَ المولى على العبدِ مُسْتَحقّةٌ (ولِحقِّ الشُّكرِ للنِّعَم) (٢) السّابقةِ [السابغة] (٣). لأنّ شُكرَ النِّعْمةِ واجِبٌ عقلاً وشرعًا، ومَنْ قضَى حقًّا مُسْتَحقًّا عليه لغيرِه لا يَسْتَحِقُّ قِبَلَه الأجرَ (٤) كمَنْ قضَى دَيْنًا عليه في الشّاهِدِ.

وعلى هذا يُخَرّجُ الاستِئْجارُ على الصّوْمِ والصّلاةِ والحجِّ أنّه لا يصحُّ؛ لأنّها من فُروضِ الأعيانِ، ولا يصحُّ الاستِئْجارُ على تَعليمِ العلمِ؛ لأنّه فرضُ عَيْنٍ، ولا على تَعليمِ القرآنِ عندَنا (٥).

وقال الشافعيُّ: الإجارةُ على تَعليمِ القرآنِ جائزةٌ؛ لأنّه استِئْجارٌ لعَمَلٍ معلومٍ ببَدَلٍ معلومٍ فيجوزُ (٦).

ولنا: أنّه استِئْجارٌ لعَمَلٍ مَفْروضٍ، فلا يجوزُ كالاستِئْجارِ للصّوْمِ والصّلاةِ؛ ولأنّه غيرُ مقدورِ الاستيفاءِ في حقِّ الأجيرِ لتَعَلُّقِه بالمُتَعَلِّمِ، فأشبَهَ الاستِئْجارَ لحَمْلِ خَشَبةٍ لا يقدِرُ على حَمْلِها بنفسِه.

وقد رُوِيَ أنّ أُبيّ بنَ كعْبٍ رضي الله عنه أقرأ رجلاً فأعطاه قَوْسًا فسَألَ النّبيّ ﷺ عن ذلك فقال ﷺ: «**أتُحِبُّ أنْ يُقَوّسَكَ الله [تعالى]** (٧) **بقَوْسٍ من نارٍ**» قال: لا، فقال ﷺ: «**فرُدّه**» (٨)، ولا على الجِهادِ؛ لأنّه فرضُ عَيْنٍ عندَ عُمومِ النّفيرِ وفَرْضُ كِفايةٍ [٢/ ٢٢٩ أ]

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وبحق شكر النعم».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الأجرة».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٦/ ٣٧).
(٦) مذهب الشافعية: يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والصلاة. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٩٩).
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) أخرجه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن، برقم (٢١٥٨)، والبيهقي (٦/ ١٢٥)، وابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢١٨)، برقم (١٥٧٧)، من حديث أبي بن كعب، وضعفه البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٣/ ١٢).

في غيرِ تلك الحالِ، وإذا شَهِدَ الوقعةَ فيتعين [١] عليه فيقعُ عن نفسِه.

ورُوِيَ أنّ [٢] رسول اللّه ﷺ [٣] قال: «مَثَلُ مَنْ يَغزو من أُمّتي ويأخُذُ الجُعْلَ عليه كمَثَلِ أُمّ موسَى تُرْضِعَ ولدَها وتَأخُذُ عليه أجرًا» [٤]، ولا على الأذانِ والإقامةِ [والإمامةِ] [٥]؛ لأنّها واجِبةٌ.

وقد رُوِيَ عن عثمانَ بنِ أبي العاصِ الثّقَفيِّ أنّه قال: آخِرُ ما عَهِدَ إلَيّ رسولُ اللّه ﷺ أنْ أُصَلّيَ بالقوْمِ صَلاةَ أضْعَفِهِم وأنْ أتّخِذَ مُؤَذّنًا لا يأخُذُ على الأذانِ أجرًا [٦]؛ ولأنّ الاستِئْجارَ على الأذانِ، والإقامةِ، والإمامةِ، وتَعليمِ القرآنِ والعلم سببٌ لتَنْفيرِ النّاسِ عن الصّلاةِ بالجماعةِ [٧] وعن تَعليمِ [٨] القرآنِ والعلمِ؛ لأنّ ثِقَلَ الأجرِ يمْنَعُهم عن ذلك، وإلى هذا أشارَ الرّبُّ - جَلّ شأنُه - في قولِه عزّ وجلّ: ﴿أَمْ تَسْأَلُهُمْ أَجْرًا فَهُم مِّن مَّغْرَمٍ مُّثْقَلُونَ﴾ [الطور: ٤٠] فيُؤَدّي إلى الرّغْبةِ عن هذه الطّاعاتِ، وهذا لا يجوزُ، وقال تعالى: ﴿وَمَا تَسْأَلُهُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ﴾ [يوسف: ١٠٤] أي: على ما تُبَلِّغُ إليهم أجرًا، وهو كان ﷺ يُبَلِّغُ بنفسِه وبغيرِه بقولِه ﷺ: «ألا فليُبَلِّغِ الشّاهدُ الغائبَ» [٩] فكان كُلُّ مُعَلِّمٍ مُبَلِّغًا، فإنْ [١٠] لم يَجز له أخذُ الأجرِ على ما يُبَلِّغُ بنفسِه لما قُلْنا؛ فكذا لمَنْ يُبَلِّغُ بأمرِه؛ لأنّ ذلك تَبْليغٌ منه معنًى.

ويجوزُ الاستِئْجارُ على تَعليمِ اللُّغةِ والأدَب لأنّه ليس بفَرْضٍ ولا واجِبٍ.

وكذا [يجوزُ الاستِئْجارُ على بناءِ المساجِدِ، والرِّباطاتِ والقناطِرِ لما قُلْنا.

ولا يجوزُ] [١١] الاستِئْجارُ على غُسْلِ الميِّتِ ذَكَرَه في الفتاوَى؛ لأنّه واجِبٌ، ويجوزُ

(١) في المطبوع: «فتَعَيّنَ».
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) زاد في المخطوط: «أنه».
(٤) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير» (٨/ ٣٨، مختصرا)، وأبو داود في «المراسيل» (ص٢٤٧) برقم (٣٣٢)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/ ٢٢٨)، والبيهقي (٩/ ٢٧)، وسعيد بن منصور في «السنن» (٢/ ١٧٤) برقم (٢٣٦١) من حديث جبير بن نفير مرسلاً ومرفوعًا به. وسنده ضعيف لإرساله وضعفه الألباني في «ضعيف الجامع الصغير» برقم (٥٢٤١).
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) أخرجه مسلم، كتاب الصلاة، باب أمر الأئمة بتخفيف الصلاة في تمام، برقم (٤٦٨)، وأبو داود (٥٣١)، والترمذي (٢٠٩)، والنسائي (٦٧٢)، وابن ماجه (٧١٤، ٩٨٧)، وأحمد (١٥٨٣٦).
(٧) في المخطوط: «بجماعة».
(٨) في المخطوط: «تعلم».
(٩) سبق تخريجه.
(١٠) في المخطوط: «فإذا».
(١١) ليست في المخطوط.

الاستئجار على حَفْرِ القُبورِ.

وأمّا على حَمْلِ الجِنازةِ: فذَكَرَ في بعضِ الفتاوَى أنّه جائزٌ على الإطلاقِ، وفي بعضِها أنّه إنْ كان يوجدُ غيرُهم يجوزُ، وإنْ كان لا يوجدُ غيرُهم لا يجوزُ؛ لأنّ الحمْلَ عليهم واجِبٌ.

وعلى هذا يُخرّجُ ما إذا استأجَرَ الرّجُلُ ابنَه - وهو حُرٌّ بالِغٌ ليَخْدُمَه - أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ خدمةَ الأب الحُرِّ واجِبةٌ على الابنِ الحُرِّ فإنْ كان الولدُ عبدًا والأبُ حُرًّا فاستأجَرَ ابنَه من مولاه جاز؛ لأنّه إذا كان عبدًا لا يجبُ عليه خدمةُ الأب، وكذلك إنْ كان الابنُ مُكاتَبًا؛ لأنّه لا يَلْزَمُه خدمةُ أبيه فكان كالأجنَبيِّ.

ولو استأجَرَ امرأتَه لتخدُمَه كُلّ شهرٍ بأجرٍ مُسَمًّى لم يَجز؛ لأنّ خدمةَ البيتِ عليها فيما بينها وبين اللّه تعالى؛ لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ قَسّمَ الأعمالَ بين عَليٍّ وفاطِمةَ رضي الله عنهما فجعل ما كان داخِلَ البيتِ على فاطِمةَ رضي الله عنها، وما كان خارِجَ البيتِ على عَليٍّ رضي الله عنه [١]، فكان هذا استِئْجارًا على عَمَلٍ واجِبٍ، فلم يَجز ولأنّها تَنْتَفِعُ بخدمةِ البيتِ والاستِئجارُ على عَمَلٍ يَنْتَفِعُ به الأجيرُ غيرُ جائزٍ.

ولا يجوزُ استِئْجارُ الزّوجةِ على رَضاعِ ولدِه منها؛ لأنّ ذلك استِئْجارٌ على خدمةِ الولدِ، وإنّما اللّبَنُ يدخلُ فيه تَبَعًا على ما ذَكَرْنا، فكان الاستِئْجارُ [٢] على أمرٍ عليها فيما بينها وبين اللّه تعالى؛ ولأنّ الزّوجةَ مُسْتَحِقّةٌ للنّفَقةِ [٣] على زوجِها، وأُجْرةُ الرّضاعِ تَجْري مجرَى النّفَقةِ، فلا تَسْتَحِقُّ نفقَتَيْنِ على زوجِها حتّى لو كان للوَلَدِ مالٌ فاستأجَرَها لإرضاعِ ولدِها منه من مالِ الولدِ جاز، كذا رَوَى ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ؛ لأنّه لا نفقةَ لها على الولدِ فلا يكونُ فيه استِحْقاقُ نفقَتَيْنِ.

ولو استأجَرَ لوَلَدِه من ذَواتِ الرّحِمِ المحرَمِ اللاّتي لهُنّ حَضانَتُه جاز؛ لأنّه ليس عليهِنّ خدمةُ البيتِ ولا نفقةَ لهُنّ على أب الولدِ.

ويجوزُ استِئْجارُ الزّوجةِ لتُرْضِعَ [٤] ولدَه من غيرِها؛ لأنّه ليس عليها خدمةُ ولدِ غيرِها.

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) في المخطوط: «استئجارًا».

(٣) في المخطوط: «النفقة».

(٤) في المخطوط: «لإرضاع».

ولو استَأجَرَ على إرضاعِ ولدِه خادِمَ أُمِّه، فخادِمُها بمنزلَتِها، فما جاز فيها جاز في خادِمِها، وما لم يَجز فيها لم يَجز في خادِمِها؛ لأنّها هي المُسْتَحِقّةُ لمنفعة[1] خادِمِها، فصار كنفقَتِها وكذا مُدبّرَتُها؛ لأنّها تملِكُ مَنافِعَها فإنِ استَأجَرَ مُكاتَبَتَها جاز؛ لأنّها لا تملِكُ مَنافِعَ المُكاتَبَةِ فكانت كالأجنَبيّةِ.

ولو استَأجَرَتِ المرأةُ زوجَها ليَخْدُمَها في البيتِ بأجرٍ مُسَمًّى فهو جائزٌ؛ لأنّ خدمةَ البيتِ غيرُ واجِبةٍ على الزّوجِ، فكان هذا استِئجارًا على أمرٍ غيرِ واجِبٍ على الأجيرِ.

وكذا[2] لو استَأجَرَتْه لرَعْيِ غَنَمِها؛ لأنّ رَعْيَ الغنَمِ لا يجبُ على الزّوجِ.

وإنْ شئت عَبّرْت عن هذا الشّرطِ فقُلْت: ومنها أنْ لا يَنْتَفِعَ الأجيرُ بعَمَلِه، فإنْ كان يَنْتَفِعُ به لم يَجز؛ لأنّه حينئذٍ يكونُ عامِلاً لنفسِه، فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ، ولهذا قُلْنا: إنّ الثّوابَ على الطّاعاتِ من طريقِ الإفضالِ لا الاستِحْقاقِ؛ لأنّ العبدَ فيما يعملُه من القُرُباتِ والطّاعاتِ عامِلٌ لنفسِه، قال سبحانه وتعالى: ﴿مَّنْ عَمِلَ صَٰلِحًا فَلِنَفْسِهِۦ﴾ [فصلت:٤٦] ومَنْ عَمِلَ لنفسِه لا يَسْتَحِقُّ الأجرَ على غيرِه، وعلى هذه العِبارةِ أيضًا يُخَرّجُ الاستِئْجارُ على الطّاعاتِ فرضًا كانت أو واجِبةً أو تَطَوُّعًا؛ لأنّ الثّوابَ موعودٌ للمُطيعِ على الطّاعةِ فيَنْتَفِعُ الأجيرُ بعَمَلِه فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا استَأجَرَ رجلاً ليَطْحَنَ له قَفيزًا من حِنْطةٍ برُبُعٍ من دَقيقِها أو ليعصِرَ له قَفيزًا من سِمْسِمٍ بجزءٍ معلومٍ من دُهْنِه أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ الأجيرَ يَنْتَفِعُ بعَمَلِه من الطّحْنِ والعصْرِ فيكونُ [٢/ ٢٢٩ ب] عامِلاً لنفسِه.

وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه نَهَى عن قَفيزِ الطّحّانِ[3].

ولو دَفَعَ إلى حائكٍ غَزْلاً ليَنْسِجَه بالنِّصفِ فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ الحائكَ يَنْتَفِعُ بعَمَلِه -

---

(١) في المخطوط: «النفقة».

(٢) في المخطوط: «وكذلك».

(٣) أخرجه أبو يعلى في «مسنده» (٢/ ٣٠١) برقم (١٠٢٤)، والدارقطني (٣/ ٤٧) برقم (١٩٥)، والبيهقي (٥/ ٣٣٩) برقم (١٠٦٣٦) من حديث أبي سعيد الخدري.

والحديث قال عنه الذهبي في «ميزان الاعتدال» (٧/ ٩٠-ترجمة: هشام أبو كليب): منكر وراويه لا يعرف، وتبعه ابن حجر في «لسانه» (٦/ ١٩٨)، وضعفه ابن حجر أيضا في «الدراية» (٢/ ١٩٠)، وفي «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٠)، وابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٠٧).

وهو الحياكةُ - وكذا هو في معنى قَفيزِ الطّحّانِ، فكان الاستِئْجارُ عليه مَنْهيًّا، وإذا حاكَه فللحائكِ أجرُ مثلِ عَمَلِه لاستيفائه المنفَعةَ بأُجْرةٍ [١] فاسِدةٍ، وبعضُ (مَشايِخِنا ببلخٍ) [٢] جَوّزَ هذه الإجارةَ وهو محمّدُ بنُ سَلَمةَ، ونصْرُ بنُ يَحْيَى.

ومنها: أنْ تكونَ المنفَعةُ مقصودةً يُعْتادُ استيفاؤُها بعقدِ الإجارةِ، ويَجْري بها التّعامُلُ بين النّاسِ؛ لأنّه عقدٌ شُرِعَ بخلافِ القياسِ لحاجةِ النّاسِ، ولا حاجةَ فيما لا تَعامُلَ فيه للنّاسِ فلا يجوزُ استِئْجارُ الأشجارِ لتَجْفيفِ الثّياب عليها والاستِظْلالِ [٣] بها؛ لأنّ هذه مَنْفَعةٌ غيرُ مقصودةٍ من الشّجَرِ.

ولو اشترى ثَمرةَ شَجَرةٍ ثُمّ استَأجَرَ الشّجَرةَ لتَبْقيةِ ذلك فيه لم يَجز؛ لأنّه لا يُقْصَدُ من الشّجَرِ هذا النّوعُ من المنفَعةِ - وهو تَبْقيةُ الثّمرِ عليها - فلم تَكُنْ مَنْفَعةً مقصودةً عادةً.

وكذا لو استَأجَرَ الأرضَ التي فيها ذلك الشّجَرِ، [لأن الشجر] [٤] (يصيرُ مُسْتَأجَرًا) [٥] باستِئْجارِ الأرضِ، ولا يجوزُ استِئْجارُ الشّجَرِ.

وقال أبو يوسف: إذا استَأجَرَ ثيابًا ليَبْسُطَها (ببيتٍ ليُزَيّنَ) [٦] بها ولا يَجْلِسُ عليها، فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ بَسْطَ الثّياب من غيرِ استعمالٍ ليس مَنْفَعةً مقصودةً عادةً.

وقال عَمْرٌو عن محمّدٍ في رجلٍ استَأجَرَ دابّةً ليَجْنُبَها يتزيّنُ [بها] [٧]: فلا أجرَ عليه؛ لأنّ قَوْدَ الدّابّةِ للتّزَيُّنِ ليس بمَنْفَعةٍ مقصودةٍ.

ولا يجوزُ استِئْجارُ الدّراهمِ والدّنانيرِ ليُزَيّنَ [٨] الحانوتُ، ولا استِئْجارُ المسكِ والعودِ وغيرِهما من المشموماتِ للشّمِّ؛ لأنّه ليس بمَنْفَعةٍ مقصودةٍ، ألا تَرَى أنّه لا يُعْتادُ استيفاؤُها بعقدِ الإجارةِ واللّه عزّ وجلّ الموفّقُ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى مَحَلِّ المعقودِ عليه: فهو أنْ يكونَ مقبوضَ المُؤاجِرِ إذا كان مَنْقولاً فإنْ لم يكنْ في قَبْضِه فلا تَصحُّ إجارتُه لنَهْيِ النّبيِّ ﷺ عن بيعِ ما لم يُقْبَضْ [٩]، والإجارةُ نوعُ بيعٍ

(١) في المخطوط: «بإيجارة».
(٢) في المخطوط: «مشايخ بلخ».
(٣) في المخطوط: «أو للاستظلال».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «تصير مستأجرة».
(٦) في المخطوط: «في بيت يتزين».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «لتزيين».
(٩) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، برقم (٢١٣٥)، ومسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، برقم (١٥٢٥) من حديث ابن عباس بنحوه.

فتدخلُ تحت النّهيِ ؛ ولأنّ فيه غَرَرَ انفِساخِ العقدِ لاحتمالِ هَلاكِ المبيعِ قبل القبْضِ ، فيَنْفَسِخُ البيعُ فلا تَصحُّ الإجارةُ ، وقد نَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن بيعٍ فيه غَرَرٌ [١] .

وإنْ لم يكنْ مَنْقولاً فهو على الاختلافِ المعروفِ في بيعِ العيْنِ أنّها تجوزُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ ولا تجوزُ عندَ محمّدٍ ، وقيلَ في الإجارةِ : لا تجوزُ بالإجماعِ .

وَأمّا الذي يرجعُ إلى ما يُقابلُ المعقودَ عليه وهو الأُجْرةُ والأُجْرةُ في الإجاراتِ مُعْتَبَرةٌ بالثّمَنِ في البياعاتِ ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ من العقدَيْنِ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ فما يصْلُحُ ثَمَنًا في البياعاتِ يصْلُحُ أُجرةً في الإجاراتِ وما لا فلا وهو أنْ تكونَ الأُجْرةُ مالاً مُتَقَوِّمًا معلومًا ، وغيرَ ذلك مِمّا ذَكَرْناه في كِتاب البُيوعِ .

والأصلُ في شرطِ العلمِ بالأُجرةِ: قولُ النّبيِّ ﷺ : **«مَنِ استَأجَرَ أجيرًا فلْيُعلِمْه أجرَه»** [٢] والعلمُ بالأُجْرةِ لا يَحْصُلُ إلاّ بالإشارةِ والتّعْيينِ أو بالبيانِ وجملةُ الكلامِ فيه أنّ الأجرَ لا يَخْلو :

إمّا أنْ كان شيئًا بعَيْنِه ، وإمّا أنْ كان بغيرِ عَيْنِه .

فإنْ كان بعَيْنِه فإنّه يصيرُ معلومًا بالإشارةِ ولا يُحْتاجُ فيه إلى ذِكرِ الجِنْسِ والصِّفةِ والنّوعِ والقدرِ ، سَواءٌ كان مِمّا يتعَيّنُ بالتّعْيينِ أو مِمّا لا يتعَيّنُ كالدّراهمِ والدّنانيرِ ، ويكونُ تعيينُها كِنايةً عن ذِكرِ الجِنْسِ والصِّفةِ والنّوعِ والقدرِ على أصلِ أصحابنا ؛ (إلا أن) [٣] المُشارَ إليه إذا كان مِمّا له حَمْلٌ ومُؤْنةٌ ؛ يَحْتاجُ إلى بيانِ مَكانِ الإيفاءِ عندَ أبي حنيفةَ وإنْ كان بغيرِ عَيْنِه فإنْ كان مِمّا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ في المُعاوَضاتِ المُطْلَقةِ كالدّراهمِ والدّنانيرِ ، والمكيلاتِ ، والموزوناتِ ، والمعدوداتِ المُتَقارِبةِ ، والثّباتُ لا يصيرُ معلومًا إلاّ ببيانِ الجِنْسِ والنّوعِ من ذلك الجِنْسِ والصِّفةِ والقدرِ إلاّ أنّ في الدّراهمِ والدّنانيرِ إذا لم يكنْ في

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، برقم (١٥١٣)، وأبو داود، برقم (٣٣٧٦)، والترمذي، برقم (١٢٣٠)، والنسائي، برقم (٤٥١٨)، وابن ماجه، برقم (٢١٩٤) من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ٢٣٥) برقم (١٥٠٢٣)، وأبو حنيفة في «مسنده» (ص٨٩ رواية أبي نعيم الأصبهاني)، ومحمد بن الحسن في «الآثار»، وابن أبي شيبة، وإسحاق بن راهويه في «مسنده» كما في «الدراية» (٢/ ١٨٦) من حديث أبي هريرة، وأبي سعيد الخدري رضي اله عنهما مرفوعا به. وضعفه الحافظ في «الدراية».

(٣) في المطبوع: «لأنّ».

البلَدِ إلاّ نَقْدٌ واحدٌ [ووزنٌ واحد] (١) لا يُحتاجُ فيها إلى ذِكرِ النّوعِ، والوزْنِ ويُكتفَى بذِكرِ الجِنْسِ ويقعُ على نَقْدِ البلَدِ، ووَزْنِ البلَدِ وإنْ كان في البلَدِ (٢) نُقودٌ مُخْتَلِفةٌ يقعُ على النّقْدِ الغالِبِ وإنْ كان فيه نُقودٌ غالِبةٌ لا بُدّ من البيانِ فإنْ لم يُبيِّنْ فسَدَ العقدُ ولا بُدّ من بيانِ مَكانِ الإيفاءِ فيما له حَمْلٌ ومُؤْنةٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا يُشْترَطُ ذلك ويتعيّنُ مَكانُ العقدِ للإيفاءِ وقد ذَكَرْنا المسألةَ في كِتاب البُيوعِ.

وهل (يُشتَرطُ الأجَلُ) (٣)؟

ففي المكيلاتِ، والموزوناتِ، والعدَديّاتِ المُتَقارِبةِ لا يُشْترَطُ؛ لأنّ هذه الأشياءَ كما تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ مُؤجّلاً بطريقِ السّلَمِ تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ مُطْلَقًا لا بطريقِ السّلَمِ بل بـ[طريقِ] (٤) القرضِ فكان لثُبوتِها أجَلانِ فإنْ ذَكَرَ الأجَلَ جاز وثَبَتَ الأجَلُ كالسّلَمِ، وإنْ [٢/ ٢٣٠ أ] لم يَذْكُرْ جاز كالقرضِ.

وأمّا في الثّياب: فلا بُدّ من الأجَلِ؛ لأنّها لا تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ إلاّ مُؤجّلاً فكان لثُبوتِها أجلٌ واحدٌ وهو السّلَمُ فلا بُدّ فيها من الأجَلِ كالسّلَمِ (٥) وإنْ كان مِمّا لا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمّةِ في عُقودِ المُعاوَضاتِ المُطلّقاتِ (٦) كالحيَوانِ فإنّه لا يصيرُ معلومًا بذِكرِ الجِنْسِ والنّوعِ والصِّفةِ والقدرِ.

ألا تَرَى أنّه لا يصْلُحُ ثَمَنًا في البياعاتِ فلا يصْلُحُ أُجرةً في الإجاراتِ وحُكمُ التّصرُّفِ في الأُجْرةِ قبل القبْضِ إذا وجَبَتْ في الذِّمّةِ حُكمُ التّصرُّفِ في الثّمَنِ قبل القبْضِ إذا كان دَيْنًا وقد بيّنّا ذلك في كِتاب البُيوعِ.

وإذا لم يجبْ بأنْ لم يُشْتَرَطْ فيها التّعْجيلُ فحُكمُ التّصرُّفِ فيها نَذْكُرُه في بيانِ حُكمِ الإجارةِ إنْ شاء اللّه عَزّ وجَلّ.

وما كان منها عَيْنًا مُشارًا إليها فحُكمُه حُكمُ الثّمَنِ إذا كان عَيْنًا حتّى لو كان مَنْقولاً لا يجوزُ التّصرُّفُ فيه قبل القبْضِ وإنْ كان عَقارًا فعلى الاختلافِ المعروفِ في كِتاب البُيوعِ أنّه يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ لا يجوزُ وهي من مسائلِ البُيوعِ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «البلدة».
(٣) في المخطوط: «تشترط للأجل».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «وهو السلم».
(٦) في المخطوط: «المطلقة».

ولو استأجَرَ عبدًا بأجرٍ معلومٍ وبطعامِه أو استأجَرَ دابّةً بأجرٍ معلومٍ وبعَلْفِها لم يَجز؛ لأنّ الطّعامَ أو العلَفَ يصيرُ أُجْرةً وهو مجهولٌ فكانتِ الأُجْرةُ مجهولةً والقياسُ في استِئْجارِ الظِّئْرِ بطعامِها وكِسْوَتِها أنّه لا يجوزُ وهو قولُ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لجَهالةِ الأُجْرةِ وهي الطّعامُ والكِسْوةُ إلاّ أنّ أبا حنيفةَ استَحْسَنَ الجوازَ بالنّصِّ، وهو قولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] من غيرِ فصلٍ بين ما إذا كانت الوالِدةُ مَنْكوحةً أو مُطلّقةً وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: الرِّزْقُ والكِسْوةُ وذلك يكونُ بعدَ موتِ المولودِ له، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] نَفى اللّه - سبحانه وتعالى - الجُناحَ عن الاستِرْضاعِ مُطْلَقًا.

وقولُهما: الأُجْرةُ مجهولةٌ مُسَلّمٌ لكنّ الجهالةَ لا تمنَعُ صحّةَ العقدِ لعَيْنِها بل لإفضائها إلى المُنازَعةِ، وجَهالةُ الأُجْرةِ في هذا الباب لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ؛ لأنّ العادةَ جَرَتْ بالمُسامَحةِ مع الأظْآرِ، والتّوْسيعُ عليهِنّ شَفَقةٌ على الأولادِ فأشبَهَتْ جَهالةَ القفيزِ من الصُّبْرةِ.

ولو استأجَرَ دارًا بأُجْرةٍ معلومةٍ وشرَطَ الآجِرُ تطيينَ الدّارِ ومَرَمّتَها أو تَعليقَ بابٍ عليها أو إدْخالَ جِذْعٍ في سَقْفِها على المُسْتَأجِرِ فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ المشْروطَ يصيرُ أُجْرةً وهو مجهولٌ فتَصيرُ الأُجْرةُ مجهولةً.

وكذا إذا آجَرَ أرضًا وشرَطَ كرْيَ نَهرِها أو حَفْرَ بئْرِها أو ضَرْبَ مُسَنّاةٍ [١] عليها؛ لأنّ ذلك كُلّه على المُؤاجِرِ، فإذا شُرِطَ على المُسْتَأجِرِ فقد جَعَلَه أُجْرةً وهو مجهولٌ فصارتِ الأُجْرةُ مجهولةً.

ومنها: أنْ (لا تكونَ الأُجْرةُ) [٢] مَنْفَعةً هي من جِنْسِ المعقودِ عليه كإجارةِ السُّكنَى بالسُّكنَى، والخدمةِ بالخدمةِ، والرُّكوب بالرُّكوب والزِّراعةِ بالزِّراعةِ، حتّى لا يجوز شيءٌ من ذلك عندَنا [٣]، وعندَ الشّافعيّ ليس بشرطٍ، وتجوزُ هذه الإجارةُ وإنْ كانتِ الأُجْرةُ

(١) المسناة: سد يبني لحجز ماء السيل أو النهر، به مفاتح للماء تفتح على قدر الحاجة. انظر المعجم الوجيز (ص ٣٢٥).
(٢) في المخطوط: «تكون الأجرة مجهولة».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (٩ / ١١٢)، البناية (٩/ ٣٦٨).

من خلافِ الجِنْسِ جاز كإجارةِ السُّكنَى بالخدمةِ والخدمةِ بالرُّكوب، ونحوِ ذلك [(١)].

والكلامُ [فيه] [(٢)] **فرعٌ في كيفيّةِ انعقادِ هذا العقدِ:** فعندَنا يَنْعَقِدُ شيئًا فشيئًا على حَسَب حُدوثِ المنفَعةِ فلم تكُنْ كُلُّ واحدةٍ من المنفَعَتَيْنِ مُعَيّنةً بل هي معدومةٌ وقتَ العقدِ فيتأخّرُ قَبْضُ أحدِ المُسْتأجِرينَ فيتحقّقُ ربا النّساءِ، والجِنْسُ بانفِرادِه يُحَرِّمُ النّساءَ عندَنا كإسلامِ الهَرَويِّ في الهَرَويِّ، وإلى هذا أشارَ محمّدٌ فيما حُكِيَ أنّ ابنَ سِماعةَ كتَبَ يَسْألُه عن هذه المسألةِ أنّه كتَبَ إليه في الجواب: إنّك أطَلْتَ الفِكرةَ فأصابَتْكَ الحيرةُ وجالَسْتَ الجُبّائيّ فكانت منك زَلّةٌ أما عَلِمْتَ أنّ بيعَ السُّكنَى بالسُّكنَى كبيعِ الهَرَويِّ بالهَرَويِّ بخلافِ ما إذا اختلف جِنْسُ المنفَعةِ؛ لأنّ الرِّبا لا يتحقّقُ في جِنْسَيْنِ.

وعندَ الشّافعيّ: منافِعُ المُدّةِ تُجعَلُ موجودةً وقتَ العقدِ كأنّها أعيانٌ قائمةٌ، فلا يتحقّقُ معنى النسيئة [(٣)] ولو تَحقّقَ فالجِنْسُ بانفِرادِه لا يُحَرِّمُ النّساء عندَه.

وتَعليلُ مَنْ عَلّلَ في هذه المسألةِ: أنّ هذا في معنى بيعِ الدّيْنِ بالدّيْنِ؛ لأنّ المنفَعَتَيْنِ معدومَتانِ وقتَ العقدِ فكان بيعُ الكالِئِ بالكالِئِ غيرَ سَديدٍ؛ لأنّ الدّيْنَ اسمٌ لموجودٍ في الذِّمّةِ أُخِّرَ بالأجَلِ المضْروب بتَغْييرِ مُقْتَضَى مُطْلَقِ العقدِ، فأمّا ما لا وجودَ له وتأخّرَ وجودُه إلى وقتٍ فلا يُسَمّى دَيْنًا.

وحقيقةُ الفقه في المسألةِ: ما ذَكَرَه إمام الهدى الشّيخُ أبو مَنْصورٍ الماتُريديُّ هي أنّ الإجارةَ عقدٌ شُرِعَ بخلافِ القياسِ لحاجةِ النّاسِ ولا حاجةَ تَقَعُ عندَ اتّحادِ الجِنْسِ فبقيَ على أصلِ القياسِ والحاجةُ تَتَحقّقُ عندَ اختلافِ الجِنْسِ فيجوزُ ويَسْتَوي [٢/ ٢٣٠ ب] في ذلك العبدُ والأمةُ حتّى لو استأجَرَ عبدًا يَخْدُمُه شهرًا بخدمةِ أمةٍ كان فاسِدًا لاتّحادِ جِنْسِ المنفَعةِ، ثُمّ في إجارةِ الخدمةِ بالخدمةِ إذا خَدَمَ أحدُهما ولم يَخْدُمِ [(٤)] الآخَرُ رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه لا أُجْرةَ عليه.

وذكرَ الكرخيُّ وقال: الظّاهرُ أنّ له أجرَ المثلِ.

وجه روايةِ أبي يوسُفَ: أنّه لَمّا قابَلَ المنفَعةَ بجِنْسِها، ولم تَصِحّ هذه المُقابَلةُ فقد جعل

---

(١) مذهب الشافعية: أنه يجوز أن تكون الأجرة المنفعة، سواء اتفق الجنس، أو اختلف كما لو أجر دارًا بمنفعة دارين. انظر: روضة الطالبين (٥/ ١٧٦).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المطبوع: «النسبة».

(٤) في المخطوط: «يخدمه».

بإزاءِ المنفَعةِ ما لا قيمةَ له فكان راضيًا ببَذْلِ المنفَعةِ بلا بَدَلٍ.

وجه ما ذكره الكرخيُّ: أنّه استوْفَى المنافِعَ بعقدٍ فاسِدٍ، والمنافِعُ تَتَقَوّمُ بالعقدِ الصّحيحِ والفاسِدِ لما (نَذْكُرُ، تَحْقيقُه) [١] أنّها تُقَوّمُ بالعقدِ الفاسِدِ الذي لم يُذْكَرْ فيه بَدَلٌ رأسًا بأنِ استأْجَرَ شيئًا ولم يُسَمِّ عِوَضًا أصلاً فإذا سَمّى العِوَضَ وهو المنفَعةُ أولى.

وقالوا في عبدٍ مُشْتَرَكٍ تَهايأ الشّريكانِ فيه [الخدمة] [٢] فخَدَمَ أحدَهما يومًا ولم يَخْدُمِ الآخَرَ إنّه لا أجرَ له لأنّ هذا ليس بمُبادَلةٍ بل هو إفرازٌ ويجوزُ استِئْجارُ العبدَيْنِ لعَمَلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كالخياطةِ، والصّياغةِ؛ لأنّ الجِنْسَ قد اختلف.

وذكر الكرخيُّ في الجامِعِ: إذا كان عبدٌ بين اثنَيْنِ أجَّرَ أحدُهما نصيبَه من صاحِبه يَخيطُ معه شهرًا على أنْ يصوغَ نصيبَه معه في الشّهرِ الدّاخِلِ أنّ هذا لا يجوزُ في العبدِ الواحِدِ، وإنِ اختلف العمَلُ وإنّما يجوزُ في العمَلَيْنِ المُخْتَلِفَيْنِ إذا كانا في عبدَيْنِ؛ لأنّ هذا مُهاياةٌ منهما؛ لأنّهما فعَلا ما يُسْتَحقُّ عليهما من غيرِ إجارةٍ والمُهاياةُ من شرطِ جَوازِها أنْ تَقَعَ على المنافِعِ المُطْلَقةِ فأمّا أنْ يُعَيِّنَ أحدُ الشّريكَيْنِ على الآخَرِ المنفَعةَ فلا يجوزُ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى رُكنِ العقدِ: فخُلوُّه عن شرطٍ لا يقتَضيه العقدُ ولا يُلائمُه، حتّى لو أجّرَه [٣] داره على أنْ يَسْكُنَها شهرًا ثُمّ يُسَلِّمَها إلى المُسْتَأجِرِ أو أرضًا على أنْ يَزْرَعَها ثُمّ يُسَلِّمَها (إلى المُسْتأجِرِ) [٤] أو دابّةً على أنْ يَرْكَبَها شهرًا أو ثوْبًا على أنْ يَلْبَسَه شهرًا ثُمّ يُسَلِّمَه [٥] إلى المُسْتَأجِرِ، فالإجارةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ هذا شرطٌ لا يقتَضيه العقدُ وأنّه شرطٌ لا يُلائمُ العقدَ، وزيادةُ مَنْفَعةٍ مشروطةٍ في العقدِ لا يُقابلُها عِوَضٌ في مُعاوَضةِ المالِ بالمالِ يكونُ رِبًا أو فيها شُبْهةُ الرِّبا وكُلُّ ذلك مُفْسِدٌ للعقدِ.

وعلى هذا يُخَرّجُ أيضًا شرطُ تطيينِ الدّارِ، وإصْلاحِ ميزابها وما وهَى منها وإصْلاحِ بئْرِ الماءِ والبالوعةِ والمخْرَجِ وكَرْيِ الأنهارِ وفي إجارةِ الأرضِ وطعامِ العبدِ وعَلْفِ الدّابّةِ في إجارةِ العبدِ، والدّابّةِ، ونحوِ ذلك؛ لأنّ ذلك كُلّه شرطٌ يُخالِفُ مُقْتَضَى العقدِ ولا يُلائمُه وفيه مَنْفَعةٌ لأحدِ العاقِدَيْنِ.

---

(١) في المخطوط: «نذكره، يحققه».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «آجر».
(٤) في المخطوط: «إليه».
(٥) في المخطوط: «يسلم».

وذكر في الأصلِ: أنه إذا استأجرَ دارًا مُدّةً معلومةً بأُجرةٍ مُسَمّاةٍ على أنْ لا يَسْكُنَها فالإجارةُ فاسِدةٌ ولا أُجرةَ [١] على المُسْتَأجِرِ إذا لم يَسْكُنْها وإنْ سَكَنَها فعليه أجرُ مثلِها لا يُنْقَصُ مِمّا سُمّيَ أمّا فسادُ العقدِ فظاهرٌ؛ لأنّ شرطَه أنْ لا يَسْكُنَ شرط نَفَى موجبَ العقدِ وهو الانتِفاعُ بالمعقودِ عليه وأنّه شرطٌ يُخالِفُ مُقْتَضَى العقدِ، ولا يُلائمُ العقدَ فكان شرطًا فاسِدًا.

وأمّا عَدَمُ وجوب الأجرِ رأسًا إنْ لم يَسْكُنْ ووجوبُ أجرِ المثلِ إنْ سَكَنَ فظاهرٌ أيضًا؛ لأنّ أجرَ المثلِ في الإجاراتِ الفاسِدةِ إنّما يجبُ باستيفاءِ المعقودِ عليه لا بنفسِ التّسْليمِ وهو التّخْليةُ كما في النّكاحِ الفاسِدِ؛ لأنّ التّخْليةَ هي التّمْكينُ و[أنه] [٢] لا يتحقّقُ مع الفسادِ لوجودِ المنعِ من الانتِفاعِ به شرعًا فأشبَهَ المنعَ الحِسّيّ من العِبادِ وهو الغصْبُ بخلافِ الإجارةِ الصّحيحةِ؛ لأنّه لا مَنْعَ هناك فتَحقّقَ التّسْليمُ فلَئِنْ لم يَنْتَفع به المُسْتَأجِرُ فقد أسقَطَ حقّ نفسِه في المنفَعةِ فلا يُسْقِطُ حقّ الآجِرِ في الأُجْرةِ [٣] وإذا سَكَنَ فقد استَوْفَى المعقودَ عليه بعقدٍ فاسِدٍ وأنّه يوجِبُ أجرَ المثلِ.

وأمّا قولُه: لا يُنْتَقَصُ من المُسَمّى ففيه إشْكالٌ؛ لأنّه قد صَحّ من مذهب أصحابنا الثّلاثةِ أنّ الواجِبَ في الإجارةِ الفاسِدةِ بعدَ استيفاءِ المعقودِ عليه؛ الأقلُّ من المُسَمّى ومن أجرِ المثلِ إذا كان الأجرُ مُسَمًّى، وقد قال في هذه المسألةِ: إنّه لا يُنْقَصُ من المُسَمّى، من المشايخِ مَنْ قال: المسألةُ مُؤَوّلةٌ تأويلُها: أنّه لا يُنْقَصُ من المُسَمّى إذا كان أجرُ المثلِ والمُسَمّى واحدًا.

ومنهم مَنْ أجرَى الرّوايةَ على الظاهر [٤]، فقال: إنّ العاقِدَيْنِ لم يَجْعَلا المُسَمّى بمُقابَلةِ المنافِعِ حيثُ شرَطَ المُسْتَأجِرُ أنْ لا يَسْكُنَ، ولا بمُقابَلةِ [٥] التّسْليم لما ذَكَرْنا أنّه لا يتحقّقُ مع فسادِ العقدِ فإذا سَكَنَ فقد استَوْفَى مَنافِعَ ليس في مُقابَلَتِها بَدَلٌ، فيجبُ أجرُ المثلِ بالِغًا ما بَلَغَ كما إذا لم يَذْكُرْ في العقدِ تَسْميةً أصلاً إلاّ أنّه قال: لا يُنْقَصُ من المُسَمّى؛ لأنّ المُسْتَأجِرَ رَضِيَ بالمُسَمّى بدونِ الانتِفاعِ فعندَ الانتِفاعِ [٢/ ٢٣١ أ] أولى.

ولو آجَرَه دارَه أو أرضَه أو عبدَه أو دابّتَه وشرَطَ تَسْليمَ المُسْتَأجِرِ جاز؛ لأنّ تَسْليمَ

---

(١) في المخطوط: «أجر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الأجر».
(٤) في الخطوط: «ظاهرها».
(٥) في المخطوط: «نفى».

المُسْتَأْجَرِ من مُقْتَضَياتِ العقدِ؛ ألا تَرَى أنّه يَثْبُتُ بدونِ الشّرطِ فكان هذا شرطًا مُقَرِّرًا مُقْتَضَى العقدِ لا مُخالِفًا له فصار كما لو آجَرَه على أنْ يملِكَ المُسْتَأْجِرُ مَنْفَعةَ المُسْتَأْجَرِ.

ولو آجَرَ بشرطِ تعجيلِ الأُجْرةِ، أو [1] شرَطَ على المُسْتَأْجِرِ أنْ يُعْطيَه بالأُجْرةِ رَهْنًا أو كفيلاً جاز إذا كان الرّهْنُ معلومًا والكفيلُ حاضِرًا؛ لأنّ هذا شرطٌ يُلائمُ العقدَ وإنْ كان لا يقتَضيه كما ذَكَرْنا في البُيوعِ فيجوزُ كما في بيعِ العيْنِ.

وأمّا شرطُ اللُّزومِ فنوعانِ:

نوعٌ هو شرطُ انعِقادِ لازِمًا من الأصلِ.

ونوعٌ هو شرطُ بقائه على اللُّزومِ.

أمّا الأوّلُ: فأنواعٌ:

منها: أنْ يكونَ العقدُ صَحيحًا؛ لأنّ العقدَ الفاسِدَ غيرُ لازِمٍ بل هو مُسْتَحِقُّ النّقْضِ والفسخِ رَفْعًا للفسادِ حقًّا للشّرعِ، فضْلاً عن الجوازِ.

ومنها: أنْ لا يكونَ بالمُسْتَأْجَرِ عَيْبٌ في وقتِ العقدِ أو وقتِ القبْضِ يُخِلُّ بالانتِفاعِ به فإنْ كان؛ لم يَلْزَم العقدُ حتّى قالوا في العبدِ المُسْتَأْجَرِ للخدمةِ إذا ظَهَرَ أنّه سارِقٌ له أنْ يَفْسَخَ الإجارةَ؛ لأنّ السّلامةَ مشروطةٌ دَلالةً فتكونُ كالمشْروطِ نصًّا كما في بيعِ العيْنِ.

ومنها: أنْ يكونَ المُسْتَأْجَرُ مرئيّ المُسْتَأْجِرِ حتّى لو استأْجَرَ دارًا لم يَرَها ثُمّ رَآها فلم يَرْضَ بها له أن يَرُدَّها؛ لأنّ الإجارةَ بيعُ المنفَعةِ فيَثْبُتُ فيها خيارُ الرُّؤْيةِ كما في بيعِ العيْنِ فإنْ رَضِيَ بها بَطَلَ خيارُه كما في بيعِ العيْنِ.

وأمّا الثّاني: فنوعانِ:

أحدُهما: سَلامةُ المُسْتَأْجَرِ عن حُدوثِ عَيْبٍ به يُخِلُّ بالانتِفاعِ به فإنْ حَدَثَ به عَيْبٌ يُخِلُّ بالانتِفاعِ به لم يَبْقَ العقدُ لازِمًا حتّى لو استأْجَرَ عبدًا يَخْدُمُه أو دابّةً يَرْكَبُها أو دارًا يَسْكُنُها فمَرِضَ العبدُ أو عَرَجَتِ الدّابّةُ أو انهَدَمَ بعضُ بناءِ الدّارِ، فالمُسْتَأْجِرُ بالخيارِ إنْ شاء مضى على الإجارةِ وإنْ شاء فسَخَ بخلافِ البيعِ إذا حَدَثَ بالمبيعِ عَيْبٌ بعدَ القبْضِ أنّه ليس للمُشْتَري أنْ يَرُدّه. لأنّ الإجارةَ بيعُ المنفَعةِ والمنافِعُ تَحْدُثُ شيئًا فشيئًا فكان كُلُّ جزءٍ من

(١) في المخطوط: «و».

أجزاءِ المنافِعِ معقودًا عليه مُبْتَدَأً فإذا حَدَثَ العيبُ بالمُسْتَأجِرِ كان هذا عَيْبًا حَدَثَ بعدَ العقدِ قبل القَبْضِ وهذا يوجِبُ الخيارَ في بيعِ العيْنِ كذا في الإجارةِ فلا فرقَ بينهما من حيثُ المعنى وإذا ثَبَتَ الخيارُ للمُسْتَأجِرِ فإنْ لم يَفْسَخْ ومضى على ذلك إلى تَمامِ المُدّةِ فعليه كمالُ الأُجْرةِ [١]؛ لأنّه رَضِيَ بالمعقودِ عليه مع العيب فيَلْزَمُه جميعُ البدَلِ كما في بيعِ العيْنِ إذا اطّلَعَ المُشْتَري على عَيْبٍ فرَضِيَ به وإنْ زالَ العيبُ قبل أنْ يَفْسَخَ بأنْ صَحّ العبدُ، وزالَ العرج عن الدّابّةِ، وبَنَى المُؤاجِرُ ما سَقَطَ من الدّارِ بَطَلَ خيارُ المُسْتَأجِرِ؛ لأنّ الموجِبَ للخيارِ قد زالَ والعقدُ قائمٌ فيَزولُ الخيارُ.

هذا إذا كان العيبُ مِمّا يَضُرُّ بالانتِفاعِ بالمُسْتَأجَرِ، فإنْ كان لا يَضُرُّ بالانتِفاعِ به بقيَ العقدُ لازِمًا ولا خيارَ للمُسْتَأجِرِ كالعبدِ المُسْتَأجَرِ إذا ذَهَبَتْ إحدى عَيْنَيْه وذلك لا يَضُرُّ بالخدمةِ أو سَقَطَ شَعْرُه أو سَقَطَ من الدّارِ المُسْتَأجَرةِ حائطٌ لا يُنْتَفَعُ به في سُكناها؛ لأنّ العقدَ ورَدَ على المنفَعةِ لا على العيْنِ إذِ الإجارةُ بيعُ المنفَعةِ لا بيعُ العيْنِ ولا نُقْصانَ في المنفَعةِ بل في العيْنِ والعيْنُ غيرُ معقودٍ عليها في باب الإجارةِ وتَغَيُّرُ عَيْنِ [٢] المعقودِ عليه لا يوجِبُ الخيارَ بخلافِ ما إذا كان العيبُ الحادِثُ مِمّا يَضُرُّ بالانتِفاعِ؛ لأنّه إذا كان يَضُرُّ بالانتِفاعِ فالنُّقْصانُ يرجِعُ إلى المعقودِ عليه فأوجَبَ الخيارَ فلَه أنْ يَفْسَخَ ثُمّ إنّما يَلي الفسخَ إذا كان المُؤاجِرُ حاضِرًا فإنْ كان غائبًا فحَدَثَ بالمُسْتَأجَرِ ما يوجِبُ حقّ الفسخِ فليس للمُسْتَأجِرِ أنْ يَفْسَخَ؛ لأنّ فسْخَ العقدِ لا يجوزُ إلاّ بحُضورِ العاقِدَيْنِ أو مَنْ يقومُ مقامَهما.

وقال هِشامٌ عن محمّدٍ في رجلٍ استأجَرَ أرضًا سَنةً يَزْرَعُها شيئًا ذَكَرَه فزرَعَها فأصابَ الزّرْعَ آفةٌ من بَرْدٍ أو غيرِه فذَهَبَ به وقد تأخّرَ وقتُ زِراعةِ ذلك النّوعِ فلا يقدِرُ أنْ يَزْرَعَ قال: إنْ أرادَ أنْ يَزْرَعَ شيئًا غيرَه مِمّا ضَرَرُه على الأرضِ أقَلُّ من ضَرَرِه أو مثلُ ضَرَرِه فلَه ذلك وإلاّ فَسَخْتُ عليه الإجارةَ وألزَمْتَه أجرَ ما مضى؛ لأنّه إذا عَجَزَ عن زِراعةِ ذلك النّوعِ كان استيفاءُ الإجارةِ إضْرارًا به [قال] [٣]: وإذا نَقَصَ الماءُ عن الرّحَى حتّى صار يَطْحَنُ أقَلّ من نصفِ طِحْنِه فذلك عَيْبٌ؛ لأنّه لا يقدِرُ على استيفاءِ العقدِ إلاّ بضَرَرٍ وهو نُقْصانُ الانتِفاعِ.

ولو انهَدَمَتِ الدّارُ كُلُّها [أو انقطَعَ الماءُ عن الرّحَى] [٤] أو انقَطَعَ الشُّرْبُ عن الأرضِ

---

(١) في المخطوط: «الأجر».
(٢) في المخطوط: «غير».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

فقد اختلفتْ إشارةُ الرِّواياتِ فيه ذُكِرَ في بعضِها ما يَدُلُّ على أنّ العقدَ يَنفَسِخُ فإنّه ذَكَرَ في إجارةِ الأصلِ إذا سَقَطَتِ [٢/ ٢٣١ ب] الدّارُ كُلُّها فلَه أنْ يَخْرُجَ كان صاحِبُ الدّارِ شاهدًا أو غائبًا فهذا دَليلُ الانفِساخِ حيثُ جوّزَ للمُسْتَأجِرِ الخُروجُ من الدّارِ مع غَيْبةِ المُؤاجِرِ، ولو لم تَنْفَسِخْ تَوَقّفَ [١] جَوازُ الفسخِ على حُضورِه.

والوجه فيه أنّ المنفَعةَ المطْلوبةَ من الدّارِ قد بَطَلَتْ بالسُّقوطِ إذِ المطْلوبُ منها الانتِفاعُ بالسُّكنَى وقد بَطَلَ ذلك فقد هَلَكَ المعقودُ عليه فيَنْفَسِخُ العقدُ وذُكِرَ في بعضِها ما يَدُلُّ على أنّ العقدَ لا يَنْفَسِخُ لكنْ يَثْبُتُ حقُّ الفسخِ فإنه ذَكَرَ في كِتاب الصُّلْحِ: إذا صالَحَ على سُكنَى دارٍ فانهَدَمَتْ لم يَنْفَسِخِ الصُّلْحُ.

ورَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ فيمَنِ استَأجَرَ بيتًا، وقَبَضَه ثُمّ انهَدَمَ فبَناه الآخَرُ، فقال المُسْتَأجِرُ بعدَما بَناه: لا حاجةَ لي فيه قال محمّدٌ: ليس للمُسْتَأجِرِ ذلك وكذلك لو قال المُسْتَأجِرُ: آخُذُه، وأبَى الآخَرُ ليس للآجِرِ ذلك، وهذا يُجْرَى مجرَى النّصِّ على أنّ الإجارةَ لم تَنْفَسِخْ ووَجْهُه أنّ الدّارَ بعدَ الانهِدامِ بقيَتْ مُنْتَفَعًا بها مَنْفَعةَ السُّكنَى في الجملةِ بأنْ يَضْرِبَ فيها خَيْمةً فلم يَفُتِ المعقودُ عليه رأسًا فلا يَنْفَسِخُ العقدُ على أنّه إنْ فاتَ كُلُّه لكنْ فاتَ على وجهٍ يُتَصَوّرُ عَوْدُه وهذا يَكفي لبقاءِ العقدِ كمَنِ اشترى عبدًا فأبَقَ قبل القبْضِ.

والأصلُ فيه: أنّ العقدَ المُنعَقِدَ بيَقينٍ يَبْقَى لتَوَهُّمِ الفائدةِ؛ لأنّ الثّابتَ بيَقينٍ لا يُزالُ بالشّكِّ كما أنّ غيرَ الثّابتِ بيَقينٍ لا يُثْبَتُ بالشّكِّ.

وذَكرَ القُدوريُّ، وقال: الصّحيحُ أنّ العقدَ يَنْفَسِخُ لما ذَكَرْنا أنّ المنفَعةَ المطْلوبةَ من الدّارِ قد بَطَلَتْ وضَرْبُ الخيْمةِ في الدّارِ ليس بمَنْفَعةٍ مَطْلوبةٍ من الدّارِ عادةً فلا يُعْتَبَرُ بقاؤُه لبقاءِ العقدِ وقال فيما ذَكَرَه محمّدٌ في البيتِ إذا بَناه المُؤاجِرُ: إنّه لَمّا بَناه تبَيّنَ أنّ العقدَ لم يَنْفَسِخْ حقيقةً وإنْ حُكِمَ بفسخِه ظاهرًا فيُجْبَرُ على التّسْليمِ والقبْضِ وليس يمْتَنِعُ الحُكمُ بانفِساخِ عقدٍ في الظّاهرِ مع التّوَقُّفِ في الحقيقةِ كَمَنِ اشترى شاةً فماتتْ في يَدِ البائعِ فدَبَغَ جِلْدَها أنّه يُحْكَمُ ببقاءِ العقدِ بعدَ الحُكمِ بانفِساخِه ظاهرًا بموتِ الشّاةِ كذا ههنا وإذا بقيَ العقدُ يُجْبَرُ على التّسْليمِ والتّسَلُّمِ وقبل البناءِ لا يُعْلَمُ أنّ العقدَ لم يَنْفَسِخْ حقيقةً فيجبُ

(١) في المخطوط: «لوقف».

العمَلُ بالظّاهرِ.

وذَكَرَ محمّدٌ في السّفينةِ إذا نُقِضَتْ وصارتْ ألواحًا ثُمّ بَناها المُؤاجِرُ أنّه لا يُجْبَرُ على تَسْليمِها إلى المُسْتَأجِرِ فقد فرّقَ بين السّفينةِ وبين البيتِ.

ووجه الفرقِ: أنّ العقدَ في السّفينةِ قد انفَسَخَ حقيقةً؛ لأنّ الأصلَ فيها الصّناعةُ وهي التّرْكيبُ والألواحُ تابعةٌ للصّناعةِ بدَليلِ أنّ مَنْ غَصَبَ خَشَبةً فعَمِلَها سَفينةً مَلَكَها فكان تَرْكيبُ الألواح بمنزلةِ اتّخاذِ سَفينةٍ أُخرى فلم يُجْبَرْ على تَسْليمِها إلى المُسْتَأجِرِ بخلافِ الدّارِ؛ لأنّ عَرْصةَ الدّارِ ليستْ بتابعةٍ للبناءِ بَلِ العرْصةُ فيها أصلٌ فإذا بَناها فقد بَنَى تلك الدّارَ بعَيْنِها فيُجْبَرُ على التّسْليمِ.

وقال محمّدٌ فيمَنِ استأجَرَ رَحَى ماءٍ سَنةً فانقَطَعَ الماءُ بعدَ سِتّةِ أشهرٍ فأمسَكَ الرّحَى حتّى مَضَتِ المُدّةُ [١] فعليه أجرٌ [٢] للسّتّةِ أشهرِ الماضيةِ، ولا شيءَ عليه لما بقيَ؛ لأنّ مَنْفَعةَ الرّحَى قد بَطَلَتْ فانفَسَخَ العقدُ، قال: فإنْ كان البيتُ يُنْتَفَعُ به لغيرِ الطّحْنِ فعليه من الأجرِ بحِصّتِه؛ لأنه بقيَ شيءٌ من المعقودِ عليه له حِصّةٌ (في العقدِ) [٣] فإذا استوْفَى [٤] لَزِمَه حِصّتُه، فإنْ سَلّمَ المُؤاجِرُ الدّارَ إلاّ بيتًا منها، ثُمّ مَنَعَه رَبُّ الدّارِ أو غيرُه بعدَ ذلك من البيتِ، فلا أجرَ على المُسْتَأجِرِ في البيتِ؛ لأنه استوْفَى بعضَ المعقودِ عليه دونَ بعضٍ، فلا يكونُ عليه حِصّةٌ ما لم يَسْتَوْفِ.

وللمُسْتَأجِرِ أنْ يمْتَنِعَ من قَبولِ الدّارِ بغيرِ البيتِ وأنْ يَفْسَخَ الإجارةَ إذا حَدَثَ ذلك بعدَ قَبْضِه؛ لأنّ الصّفْقةَ تَفرّقَتْ في المعقودِ عليه، - وهو المنافِعُ - وتَفرُّقُ الصّفْقةِ يوجِبُ الخيارَ.

ولو استأجَرَ دارًا أشهرًا مُسَمّاةً فلم تُسَلّمْ إليه الدّارُ حتّى مضى بعضُ المُدّةِ، ثُمّ أرادَ أنْ يتسَلّمَ [٥] الدّارَ فيما بقيَ من المُدّةِ، فلَه ذلك، وليس للمؤاجر أنْ يأبَى ذلك.

وكذلك لو كان المُسْتَأجِرُ طَلَبَها من المُؤاجِرِ فمَنَعَه إيّاها ثُمّ أرادَ أنْ يُسَلّمَها فذلك له وليس للمُسْتَأجِرِ أنْ يمْتَنِعَ؛ لأنّ الخيارَ إنّما يَثْبُتُ بحُدوثِ تَفرُّقِ الصّفْقةِ بعدَ حُصولِها

---

(١) في المخطوط: «الآخر».
(٢) في المخطوط: «الأجرة».
(٣) في المخطوط: «بالعقد».
(٤) في المخطوط: «استوفاه».
(٥) في المخطوط: «يسلم».

مُجْتَمِعةً، والصّفْقةُ ههنا حينما وقَعَتْ وقَعَتْ مُتفَرِّقةً؛ لأنّ المنافِعَ تَحْدُثُ شيئًا فشيئًا فكان كُلُّ جزءٍ من المنافِعِ كالمعقودِ عليه عقدًا مُبْتَدَأً، فكان أوّلُ جزءٍ من المنفَعةِ مَمْلوكًا بعقدٍ، والثّاني مَمْلوكًا بعقدٍ آخَرَ، وما مُلِكَ بعقدَيْنِ فتَعَذّرَ التّسْليمُ في أحدِهما لا يُؤَثِّرُ في الآخَرِ.

فإنِ استَأجَرَ دارَيْنِ فسَقَطَتْ إحداهما أو مَنَعَه مانِعٌ [٢/ ٢٣٢ أ] من إحداهما أو حَدَثَ في إحداهما عَيْبٌ فلَه أنْ يَتْرُكَهما جميعًا؛ لأنّ العقدَ وقَعَ عليهما صَفْقةً واحدةً، وقد تَفرّقَتْ عليه، فيَثْبُتُ له الخيارُ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

والثّاني: عَدَمُ حُدوثِ عُذْرٍ بأحدِ العاقِدَيْنِ أو [(١)] بالمُسْتَأجِرِ فإنْ حَدَثَ [(٢)] بأحدِهما أو بالمُسْتَأجِرِ عُذْرٌ، لا يَبْقَى العقدُ لازِمًا، وله أنْ يَفْسَخَ وهذا عندَ أصحابنا وعندَ الشّافعيِّ هذا ليس بشرطٍ لبقاءِ العقدِ لازِمًا.

ولقَبُ المسألةِ: أنّ الإجارةَ تُفْسَخُ بالأعذارِ عندَنا؛ خلافًا له.

وَجْهُ قولِه: أنّ الإجارةَ أحدُ نوعَيِ البيعِ؛ فيكونُ لازِمًا كالنّوعِ الآخَرِ، وهو بيعُ الأعيانِ، والجامِعُ بينهما أنّ العقدَ انعَقَدَ باتِّفاقِهما فلا يَنْفَسِخُ إلاّ باتِّفاقِهما.

ولنَا: أنّ الحاجةَ تَدْعو إلى الفسخِ عندَ العُذْرِ [(٣)]؛ لأنّه لو لَزِمَ العقدُ عندَ تَحقُّقِ العُذْرِ؛ لَلَزِمَ صاحِبَ العُذْرِ ضَرَرٌ لم يَلْتَزِمْه بالعقدِ لما نذكره في تَفْصيلِ الأعذارِ الموجِبةِ للفسخِ فكان الفسخُ في الحقيقةِ امتِناعًا من التِزامِ الضّرَرِ وله وِلايةُ ذلك.

وقد خرج الجوابُ عن قولِه: إنّ هذا بيعٌ؛ لأنّا نَقولُ: نَعَم لكنّه عَجَزَ عن المُضيِّ في موجَبه إلاّ بضَرَرٍ يَلْحقُه لم يَلْتَزِمْه بالعقدِ، فكان مُحْتَمِلاً للفسخِ في هذه الحالةِ كما في بيعِ العيْنِ إذا اطّلَعَ المُشْتَري على عَيْبٍ بالمبيعِ، وكَما لو حَدَثَ عَيْبٌ بالمُسْتَأجِرِ، وكذا عن قولِه: العقدُ انعَقَدَ باتِّفاقِهما فلا يَنْفَسِخُ إلاّ باتِّفاقِهما لأنّ [(٤)] هذا هكذا إذا لم يعجِزْ عن المُضيِّ على موجَب العقدِ إلاّ بضَرَرٍ غيرِ مُسْتَحقٍّ بالعقدِ، وقد عَجَزَ ههنا فلا يُشْتَرَطُ التّراضي على الفسخِ كما في بيعِ العيْنِ وحُدوثِ العيب بالمُسْتَأجِرِ، ثُمّ إنْكارُ الفسخِ عندَ تَحقُّقِ العُذْرِ خُروجٌ عن العقلِ والشّرعِ؛ لأنّه يقتَضي أنّ مَنِ اشتَكَى ضِرْسَه فاستَأجَرَ رجلاً ليقلَعَه فسَكَنَ الوجَعُ يُجبَرُ على القلْعِ، ومَنْ وقَعَتْ في يَدِه أكلةٌ فاستَأجَرَ رجلاً ليقطَعَها

---

(١) في المخطوط: «و».
(٢) في المخطوط: «أحدث».
(٣) في المخطوط: «العقد».
(٤) في المطبوع: «أن».

[فسَكَنَ الوجَعُ] (١) ثُمّ بَرِئَتْ يَدُه يُجْبَرُ على القطْعِ (٢)، وهذا قَبيحٌ عقلاً وشرعًا.

وإذا ثَبتَ أنّ الإجارةَ تُفسَخُ بالأعذارِ فلا بُدّ من بيانِ الأعذارِ المُثْبتةِ للفسخِ على التّفصيلِ فنَقولُ - وباللّه التّوْفيقُ: إنّ العُذْرَ قد يكونُ في جانِب المُسْتأجِرِ، وقد يكونُ في جانِب المُؤاجِرِ، وقد يكونُ في جانِب المُسْتأجَرِ.

أمّا الذي في جانِب المُسْتأجِرِ: فنحوُ: أنْ يُفْلِسَ فيقومَ من السّوقِ أو يُريدَ سَفَرًا أو يَنْتَقِلَ من الحِرْفةِ إلى الزّراعةِ، أو من الزّراعةِ إلى التّجارةِ، أو يَنْتَقِلَ من حِرْفةٍ إلى حِرْفةٍ؛ لأنّ المُفْلِسَ لا يَنْتَفِعُ بالحانوتِ، فكان في إبْقاءِ العقدِ من غيرِ استيفاءِ المنفَعةِ (٣) إضْرارٌ به ضَرَرًا لم يَلْتَزِمْه العقدُ، فلا يُجْبَرُ على عَمَلِه.

وإذا عَزم على السّفَرِ ففي تَرْكِ السّفَرِ مع العزْمِ عليه ضَرَرٌ به، وفي إبْقاءِ العقدِ مع خُروجِه إلى السّفَرِ ضَرَرٌ به أيضًا؛ لما فيه من لُزومِ الأُجْرةِ من غيرِ استيفاءِ المنفَعةِ، والانتِقالُ من عَمَلٍ لا يكونُ إلاّ للإعراضِ عن الأوّلِ ورَغْبتِه عنه، فإنْ مَنَعْناه عن (٤) الانتِقالِ أضْرَرْنا به، وإنْ أبْقَيْنا العقدَ بعدَ الانتِقالِ لألزَمْناه الأُجْرةَ من غيرِ استيفاءِ المنفَعةِ، وفيه ضَرَرٌ به.

ولو أرادَ أنْ يَنْتَقِلَ من حانوتٍ إلى حانوتٍ ليعملَ ذلك العمَلَ بعَيْنِه في الثّاني لما أنّ الثّانيَ أرخَصُ وأوسَعُ عليه؛ لم يكنْ ذلك عُذْرًا؛ لأنّه يُمْكِنُه استيفاءُ المنفَعةِ من الأوّلِ من غيرِ ضَرَرٍ وإنّما بَطَلَتْ زيادةُ المنفَعةِ، وقد رَضِيَ بالقدرِ الموجودِ منها في الأوّلِ.

وعلى هذا إذا استأجَرَ رجلاً لما لا يصِلُ إلى الانتِفاعِ به من غيرِ ضَرَرٍ يدخلُ في ملكِه أو بَدَنِه ثُمّ بَدا له [أنّ له] (٥) أنْ يَفْسَخَ الإجارةَ بأنِ استأجَرَ رجلاً ليُقَصِّرَ له ثيابًا أو ليُقَطِّعَها أو يَخيطَها أو يَهْدِمَ دارًا له، أو يقطَعَ شَجَرًا له، أو ليقلَعَ ضِرْسَه أو ليَحْجُمَ، أو ليَفْصِدَ، أو ليَزْرَعَ أرضًا، أو يُحْدِثَ في ملكِه شيئًا من بناءٍ أو تِجارةٍ أو حَفْرٍ، ثُمّ بَدا له أنْ لا يفعلَ؛ فلَه أنْ يَفْسَخَ الإجارةَ ولا يُجْبَرُ على شيءٍ من ذلك؛ لأنّ القِصارةَ والقطْعَ نُقْصانٌ عاجِلٌ في المالِ بالغُسْلِ والقطْعِ وفيه ضَرَرٌ، وهَدْمُ الدّارِ وقَطْعُ الشّجَرِ إتْلافُ المالِ، والزّراعةُ إتْلافُ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «قطعها».
(٣) في المخطوط: «العقد».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) زيادة من المخطوط.

البُذورِ وفي البناءِ إتْلافُ الآلةِ، وقَلْعُ الضِّرْسِ والحِجامةُ والفصدُ إتْلافُ جزءٍ من البدَنِ، وفيه ضَرَرٌ به إلاّ أنّه استَأجَرَه لها لمَصْلَحةٍ تَأمّلَها تَرْبو على المضَرّةِ، فإذا بَدا له عُلِمَ أنّه لا مَصْلَحةَ فيه فبقيَ الفعلُ ضَرَرًا في نفسِه فكان له الامتِناعُ من الضّرَرِ بالفسخِ إذِ الإنسانُ لا يُجْبَرُ على الإضْرارِ بنفسِه.

وكذلك لو استَأجَرَ إبلًا إلى مَكّةَ ثُمّ بَدا للمُسْتَأجِرِ أنْ لا يَخْرُجَ فلَه ذلك ولا يُجْبَرُ على السّفَرِ؛ لأنّه لما بَدا له عَلِمَ أنّ السّفَرَ ضَرَرٌ فلا يُجْبَرُ على تَحَمُّلِ الضّرَرِ وكذا كُلُّ مَنِ استَأجَرَ دابّةً لِيُسافِرَ ثُمّ قَعَدَ عن السّفَرِ فلَه ذلك لما قُلْنا.

وقد قالوا: إنّ الجمّالَ إذا [1] قال للحاكِمِ: إنّ هذا [٢/ ٢٣٢ ب] لا يُريدُ أنْ يَتْرُكَ السّفَرَ وإنّما يُريدُ أنْ يَفْسَخَ الإجارةَ، قال له الحاكِم: انتَظِرْه فإنْ خرج ثُمّ قَفَلَ الجمّالُ معه فإذا فعَلْت ذلك؛ فلَكَ الأجر.

فإنْ قال صاحِبُ الدّارِ للحاكِمِ: [إنّ] [2] هذا لا يُريدُ سَفَرًا وإنّما يقولُ ذلك ليَفْسَخَ الإجارةَ استَحْلَفَه الحاكِمُ باللّه عَزّ وجَلّ أنّه يُريدُ السّفَرَ الذي عَزم عليه؛ لأنّه يَدّعي سببَ الفسخِ وهو إرادةُ السّفَرِ ولا يُمْكِنُه إقامةُ البيِّنةِ عليه فلا يُقْبَلُ قولُه إلاّ مع يمينِه.

وقالوا: لو خرج من المِصْرِ فراسِخَ ثُمّ رَجَعَ، فقال صاحِبُ الدّارِ: إنّما أظْهَرَ الخُروجَ لفسخِ الإجارةِ، وقد عادَ استَحْلَفَه الحاكِمُ باللّه عَزّ وجَلّ لَقد (خرج قاصِدًا) [3] إلى الموضِعِ الذي ذَكَرَ [4]؛ لأنّ المُؤاجِرَ يَدّعي أنّ الفسخَ وقَعَ بغيرِ عُذْرٍ وهو عَزْمُ السّفَرِ إلى موضِعٍ معلومٍ ولا يُمْكِنُه إقامةُ البيِّنةِ عليه؛ لأنّ عَزْمَ المُسْتَأجِرِ لا يُعْلَمُ إلاّ من جِهَتِه فكان القولُ قوله مع يمينِه.

وأمّا الجمّالُ إذا بَدا له من الخُروجِ فليس له أنْ يَفْسَخَ الإجارةَ؛ لأنّ خُروجَ الجمّالِ مع الجِمالِ ليس بمُسْتَحقٍّ بالعقدِ، فإنّ له أنْ يَبْعَثَ غيرَه مع الجِمالِ فلا يكونُ قُعودُه [5] عُذْرًا بخلافِ خُروجِ المُسْتَأجِرِ؛ لأنّ غَرَضَه يتعَلّقُ بخُروجِه بنفسِه فكان قُعودُه عُذْرًا.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «خرجت».

(٤) في المخطوط: «ذكرت».

(٥) في المخطوط: «وجوده».

ولو استأجَرَ رجلاً ليَحْفِرَ له بئرًا، فحَفَرَ بعضَها فوَجَدَها صُلْبةً أو خرج حَجَرًا أو وجَدَها رَخْوةً بحيثُ يُخافُ التّلَفُ كان عُذْرًا؛ لأنّه يعجِزُ عن المُضيِّ في موجَب العقدِ إلاّ بضَرَرٍ لم يَلْتَزِمْه.

وقال هِشامٌ عن أبي يوسُفَ في امرأةٍ ولدَتْ يومَ النّحْرِ قبل أنْ تَطوفَ، فأبَى الجمّالُ أنْ يُقيمَ [هذا] [١]، قال: هذا عُذْرٌ؛ لأنّه لا يُمْكِنُها الخُروجُ من غيرِ طَوافٍ ولا سبيلَ إلى إلْزامِ الجمّالِ للإقامةِ مُدّةَ النِّفاسِ؛ لأنّه يتضرّرُ به إذْ هي مُدّةُ ما جَرَتِ العادةُ بإقامةِ القافِلةِ قدرَها، فيُجْعَلُ عُذْرًا في فسْخِ الإجارةِ، وإنْ كانت قد ولدَتْ قبل ذلك وقد بقيَ من مُدّةِ نِفاسِها كمُدّةِ الحيضِ أو أقَلّ، أُجْبرَ الجمّالُ على المُقامِ معها؛ لأنّ هذه المُدّةَ قد جَرَتِ [العادةُ] [٢] بمقامِ الحاجِّ فيها بعدَ الفراغِ من الحجِّ.

وَأمّا الذي هو في جانِب المُؤاجِر، فنحوُ: أنْ يَلْحقَه دَيْنٌ فادِحٌ لا يجدُ قضاءَه إلاّ من ثَمَنِ المُسْتَأجَرِ من الإبلِ والعقارِ ونحوِ ذلك، إذا كان الدّيْنُ ثَبَتَ قبل عقدِ الإجارةِ بالبيِّنةِ أو بالإقرارِ أو ثَبَتَ بالبيِّنةِ بعدَ عقدِ الإجارةِ ولو ثَبَتَ بعدَ عقدِ الإجارةِ بالإقرارِ فكذلك عندَ أبي حنيفةَ.

وأمّا عندَهما: فالدّيْنُ الثّابتُ بالإقرارِ بعدَ عقدِ الإجارةِ لا تُفْسَخُ به الإجارةُ؛ لأنّه مُتّهَمٌ في هذا الإقرارِ.

ولأبي حنيفة: أنّ الظّاهرَ أنّ الإنسانَ لا يُقِرُّ بالدّيْنِ على نفسِه كاذِبًا، وهذا العُذْرُ من جانِب المُؤاجِرِ بناءً على أنّ بيعَ المُؤاجِرِ لا يَنْفُذُ عندَنا من غيرِ إجازةِ المُسْتَأجِرِ خلافًا للشّافعيِّ على ما نَذْكُره [٣] وإذا لم يَجُزِ البيعُ مع [قيام] [٤]عقدِ الإجارةِ جُعِلَ الدّيْنُ عُذْرًا في فسْخِ [٥] الإجارةِ؛ لأنّ [٦] إبْقاءَ الإجارةِ مع لُحوقِ الدّيْنِ الفادِحِ العاجِلِ إضْرارٌ بالمُؤاجِرِ؛ لأنّه يُحْبَسُ به ولا يجوزُ الجبْرُ على تَحَمُّلِ ضَرَرٍ غيرِ مُسْتَحَقٍّ بالعقدِ.

فإنْ قيلَ: كيْفَ يَحْبِسُه القاضي وهو غيرُ قادِرٍ على قضاءِ الدّيْنِ بالمُؤاجَرِ لتَعَلُّقِ حقِّ المُسْتَأجِرِ به، فيَنْبَغي أنْ لا يَحْبِسَه القاضي؟

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ذكر».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «حق».
(٦) في المخطوط: «إلا أن».

فالجوابُ: أنّ القاضيَ لا يُصَدِّقُه أنّه لا مالَ له سِوَى المُؤاجَرِ، فيَحْبِسُه إلى أنْ يَظْهَرَ حالُه، وفي الحبْسِ [١] ضَرَرٌ، على أنّه إنْ لم يكنْ له مالٌ آخَرُ غيرُ المُؤاجَرِ لكنّ حقّ المُسْتَأجِرِ إنّما يتعَلّقُ [٢] بالمنفَعةِ لا بالعيْنِ، وقضاءُ الدّيْنِ يكونُ من بَدَلِ العيْنِ وهو الثّمَنُ، فيُحْبَسُ حتّى يَبيعَ.

وكذلك لو اشترى شيئًا فأجّرَه ثُمّ اطّلَعَ على عَيْبٍ به، له أنْ يَفْسَخَ الإجارةَ ويَرُدّه بالعيب على بائعِه - وإنْ رَضِيَ المُسْتَأجِرُ بالعيب - ويُجْعَلُ حقُّ الرّدِّ بالعيب عُذْرًا له في فسْخِ الإجارةِ؛ لأنّه لا يقدِرُ على استيفائها إلاّ بضَرَرٍ، وهو التِزامُ المبيعِ المعيب، ولو أرادَ المُؤاجِرُ السّفَرَ أو النُّقْلةَ عن البلَدِ وقد أجّرَ عَقارًا له فليس ذلك بعُذْرٍ؛ لأنّ استيفاءَ [منفعة] [٣] العقارِ مع غَيْبَتِه لا ضَرَرَ عليه فيه.

قال أبو يوسف: إنْ مَرِضَ المُؤاجِرُ أو أصابَ إبلَه داءٌ؛ فلَه أنْ يَفْسَخَ إذا كانت بعَيْنِها، أمّا إذا أصابَ الإبلَ داءٌ فلأنّ استعمالَ الدّابّةِ مع ما بها من الدّاءِ إجحافٌ بها، وفيه ضَرَرٌ بصاحِبها، والضّرَرُ لا يُسْتَحقُّ بالعقدِ فيَثْبُتَ له حقُّ الفسخِ، وكذا المُسْتَأجِرُ [٤]؛ لأنّ المنافِعَ تَنْقُصُ بمَرَضِ الإبلِ، فصار ذلك عَيْبًا فيها.

وأمّا إذا مَرِضَ الجمّالِ، فظاهرُ رِوايةِ الأصلِ يقتَضي أنْ لا يكونَ عُذْرًا؛ لأنّ أثَرَ المرَضِ في المنعِ من الخُروجِ، وخُروجُ الجمّالِ بنفسِه مع الجِمالِ غيرُ مُسْتَحقٍّ بالعقدِ.

وأمّا وجه رِوايةِ أبي يوسف: وهو الفرقُ بين مَرَضِ الجمّالِ وبين قُعودِه أنّ الجمّالَ يقومُ على جِمالِه بنفسِه فإذا مَرِضَ لا يقومُ غيرُه مقامَه إلاّ بضَرَرٍ، وليس [٢/ ٢٣٣ أ] كذلك إذا بَدا له من الخُروجِ؛ لأنّه يقدِرُ على الخُروجِ، فإذا ترك ذلك باختيارِه كان عليه أنْ يُقيمَ غيرَه مقامَه.

ولو أجَرَ صانِعٌ من الصُّنّاعِ، أو عامِلٌ من العُمّالِ نفسَه لعَمَلٍ أو صِناعةٍ ثُمّ قال: بَدا لي أنْ أتْرُكَ هذا العمَلَ وأنتَقِلَ [منه] [٥] إلى غيرِه.

قال محمّد: إنْ كان ذلك من عَمَلِه بأنْ كان حَجّامًا فقال: قد أنِفْتُ من عَمَلي وأُريدُ

---

(١) في المخطوط: «الجبر».
(٢) في المخطوط: «تعلق».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «للمستأجر».
(٥) زيادة من المخطوط.

تَرْكَه، لم يكنْ له ذلك، ويُقالُ: أوفِ العمَلَ ثُمّ انتقِلْ إلى ما شئتَ من العمَلِ؛ لأنّ العقدَ قد لَزِمَه، ولا عارَ عليه فيه؛ لأنّه من أهلِ تلك الحِرْفةِ، [فهو بقولِه: أُريدُ أنْ أتْرُكَه، يُريدُ أنْ يَدْفَعَ عنه في الحالِ، ويقدِرُ على ذلك بعدَ انقِضاءِ العمَلِ] (١).

وإنْ كان ذلك العمَلُ ليس من عَمَلِه و[لا] (٢) صَنْعَتِه بل أسلَمَ نفسَه فيها، وذلك مِمّا يُعابُ به، أو كانتِ امرأةً أجَرَتْ نفسَها ظِئْرًا وهي مِمّنْ تُعابُ بذلك فلأهلِها أنْ يُخرِجوها.

وكذلك إنْ أبَتْ هي أنْ تُرْضِعَه؛ لأنّه مَنْ لا يكونُ من أهلِ الصّنائعِ الدّنيئةِ إذا دخلَ فيها يَلْحقُه العارُ، فإذا أرادَ التّرْكَ فهو لا يقدِرُ على إيفاءِ المنافِعِ إلاّ بضَرَرٍ، وكذلك الظِّئْرُ إذا لم تَكُنْ مِمّنْ يُرْضِعُ مثلُها فلأهلِها الفسخُ؛ لأنّهم يُعَيّرونَ بذلك، وفي المثَلِ السّائرِ: (تجوعُ الحُرّةُ ولا تَأكُلُ بثَدْيَيْها)؛ فإنْ لم يُمْكِنْ إيفاءُ العقدِ إلاّ بضَرَرٍ فلا يُقْدَرُ على تَسْليمِ المنفَعةِ إلاّ بضَرَرٍ، بخلافِ ما إذا زوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ أنّه لا يَثْبُتُ لها حقُّ الفسخِ، ويَثْبُتُ للأولياءِ؛ لأنّ النّكاحَ لا يُفْسَخُ (٣) بالعُذْرِ فقد لَزِمَها العقدُ، والإجارةُ تَنْفَسِخُ بالعُذْرِ وإنْ وقَعَتْ لازِمةً.

ولو انهَدَمَ منزلُ المُؤاجِرِ ولم يكنْ له منزلٌ آخَرُ سِوَى المنزلِ المُؤاجَرِ فأرادَ أنْ يَنْقُضَ الإجارةَ ويَسْكُنَها ليس له ذلك؛ لأنّه يُمْكِنُه أنْ يَسْتَأجِرَ منزلاً آخَرَ أو يشتريَ فلا ضَرورةَ إلى (٤) فسْخِ الإجارةِ، وكذا إذا أرادَ التّحَوُّلَ من هذا المِصْرِ؛ لأنّه يُمْكِنُه أنْ يَتْرُكَ المنزلَ في الإجارةِ ويَخْرُجَ، بخلافِ المُسْتَأجِرِ إذا أرادَ أنْ يَخْرُجَ؛ لما ذَكَرْنا.

ولو اشترى المُسْتَأجِرُ منزلاً فأرادَ التّحَوُّلَ إليه لم يكنْ ذلك عُذْرًا؛ [لأنّه يُمْكِنُه أنْ يُؤاجِرَ دارَ نفسِه، فشراؤُه دارًا أُخرى أو وجودُ دارٍ أُخرى لا يوجِبُ عُذْرًا] (٥) في الدّارِ المُسْتَأجَرةِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وأمّا الذي هو في جانِبِ المُسْتَأجِرِ:

فمنها: عِتْقُ العبدِ المُسْتَأجَرِ فإنّه عُذْرٌ في فسْخِ الإجارةِ، حتّى لو أجّرَ رجلٌ عبدَه سَنَةً فلَمّا مَضَتْ سِتّةُ أشهرٍ أعتقَه فهو بالخيارِ: إنْ شاء مضى على الإجارةِ، وإنْ شاء فسَخَ (٦).

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ينفسخ».
(٤) في المخطوط: «في».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فسخها».

أما العتق: فلا شَكّ في نَفاذِه لصُدورِ الإعتاقِ من الأهلِ في المحَلِّ الممْلوكِ المرقوقِ، والعارِضُ وهو حقُّ المُسْتَأجِرِ لا يُؤَثِّرُ إلاّ في المنعِ من التّسْليمِ، ونَفاذُ العتقِ لا يَقِفُ على إمكانِ التّسْليمِ، بدَليلِ أنّ إعتاقَ الآبقِ نافِذٌ.

وأما الخيار: فلأنّ العقدَ على المنافِعِ يَنْعَقِدُ شيئًا فشيئًا على حَسَب حُدوثِها، فيصيرُ بعدَ الحُرّيّةِ كأنّه عَقَدَ عليه ابتِداءً فكان له خيارُ الإجارةِ والفسخِ، فإنْ فسَخَ بَطَلَ العقدُ فيما بقيَ وسَقَطَ عن المُسْتَأجِرِ الأجرُ فيما بقيَ، وكان أجرُ ما مضى للمولى؛ لأنّها بَدَلُ مَنْفَعةٍ استوفيَتْ على ملكِ المولى بعقدِه، وإنْ أجاز [1] ومضى على الإجارةِ [فالأُجْرةُ] [2] فيما يُسْتقبَلُ إلى تَمامِ السّنةِ تكونُ للعبدِ؛ لأنّها بَدَلُ مَنْفَعةٍ استوفيَتْ بعدَ الحُرّيّةِ فكانت له، كما لو أجّرَ نفسَه من إنسانٍ بغيرِ إذنِ مولاه فأعتقَه المولى في المُدّةِ فلا خيارَ له، بخلافِ العبدِ المأذونِ إذا أجَرَ نفسَه بعدَ الحُرّيّةِ، فإنِ اختارَ الإجارةَ لم يكنْ له أنْ يَنْقُضَها بعدَ ذلك؛ لأنّه باختيارِ الإجارةِ أبْطَلَ حقّ الفسخِ فلا يُحْتَمَلُ العوْدُ، وقَبْضُ الأُجْرةِ كُلِّها للمولى، وليس للعبدِ أنْ يقبضَ الأُجْرةَ إلاّ بوَكالةٍ من المولى؛ لأنّ العاقِدَ هو المولى، وحُقوقُ العقدِ تَرْجِعُ إلى العاقِدِ، هذا إنْ لم يكنِ المُسْتَأجِرُ عَجّلَ الأُجْرةَ، ولا شرَطَ المولى عليه التّعْجيلَ، فإنْ كان عَجّلَ أو شرَطَ عليه التّعْجيلَ فأعتَقَ العبدَ واختارَ المُضيّ على الإجارةِ؛ فالأُجْرةُ كُلُّها للمولى؛ لأنّه مَلَكَها بالتّعْجيلِ أو باشتِراطِ التّعْجيلِ.

وإنِ اختارَ الفسخَ؛ يَرُدُّ النّصفَ إلى المُسْتَأجِرِ؛ لأنّ الأُجْرةَ بمُقابَلةِ المنفَعةِ ولم يَسْلم له إلاّ مَنْفَعةُ نصفِ المُدّةِ، وسَواءٌ كان المولى أجّرَه بنفسِه أو أذِنَ للعبدِ أنْ يُؤاجِرَ نفسَه سَنةً فأجّرَ ثُمّ أعتقَه المولى في نصفِ المُدّةِ؛ لأنّ عقدَه بإذنِ المولى كعقدِ المولى بنفسِه، إلاّ إنْ قَبَضَ الأُجْرةَ ثُمّ أعتقَه المولى في المُدّةِ؛ لأنّ إجارةَ المحجورِ وقَعَتْ فاسِدةً، وخيارُ الإمضاءِ في العقدِ الفاسِدِ لا يَثْبُتُ شرعًا، فبَطَلَ العقدُ بنفسِ الإعتاقِ بخلافِ المأذونِ.

ومنها: بُلوغُ الصّبيِّ المُسْتَأجَرِ آجَرَه أبوه أو وصيُّ أبيه أو جَدُّه أو وصيُّ جَدِّه أو القاضي أو أمينُه فبَلَغَ في المُدّةِ فهو عُذْرٌ، إنْ شاء أمضَى الإجارةَ، وإنْ شاء فسَخَ؛ لأنّ في إبْقاءِ

(١) في المخطوط: «أجازه».
(٢) ليست في المخطوط.

العقدِ بعدَ البُلوغِ ضَرَرًا بالصّبيِّ لما بيّنّا فيما تَقَدّمَ فيعجزُ عن المُضيِّ في موجَب العقدِ إلاّ بضَرَرٍ لم يَلْتَزِمْه فكان عُذْرًا.

ولو أجّرَ واحدٌ من هؤلاء شيئًا من مالِه فبَلَغَ قبل تَمامِ المُدّةِ، لا خيارَ له، والفرقُ بين إجارةِ النّفسِ والمالِ [قد] [(١)] ذكَرناه في كِتاب البُيوعِ: أنّ إجارةَ مالِه تَصرُّفٌ نُظِرَ في حقِّه فلا يملِكُ إبْطالَه بالبُلوغِ، فأمّا إجارةُ النّفسِ فهو في وضْعِها إضْرارٌ، وإنّما يملِكُها الوليُّ أو الوصيُّ من حيثُ هي تَأديبٌ، وقد انقطَعَتْ وِلايةُ التّأديب بالبُلوغِ، فأمّا غَلاءُ أجرِ المثلِ فليس بعُذْرٍ تَنفَسِخُ به الإجارةُ إلاّ في إجارةِ الوقفِ، حتّى لو أجّرَ دارًا هي ملكُه ثُمّ غَلا أجرُ مثلِ الدّارِ فليس له أنْ يَفْسَخَ العقدَ، إلاّ في الوقفِ فإنّه يُفْسَخُ نَظَرًا للوقفِ ويُجَدّدُ العقدُ في المُسْتقبَلِ على أُجْرةٍ معلومةٍ، وفيما مضى يجبُ المُسَمّى بقدرِه وقيلَ: هذا إذا ازْدادَ أجرُ مثلِ الدّورِ.

فأمّا إذا جاءَ واحدٌ وزادَ في الأُجْرةِ تَعَنُّتًا على المُسْتَأجِرِ الأوّلِ فلا يُعْتَبَرُ ذلك [بها] [(٢)]، إنّما تُفْسَخُ هذه الإجارةُ إذا أمكَنَ الفسخُ، فأمّا إذا لم يُمْكِنْ فلا تُفْسَخُ بأنْ كان في الأرضِ زَرْعٌ لم يُسْتَحْصَدْ؛ لأنّ في القلْعِ ضَرَرًا بالمُسْتَأجِرِ فلا تُفْسَخُ بل تُتْرَكُ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ الزّرْعُ بأجرِ المثلِ، فإلى وقتِ الزّيادةِ يجبُ المُسَمّى بقدرِه، وبعدَ الزّيادةِ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ يجبُ أجرُ المثلِ، هذا إذا غَلا أجرُ مثلِ الوقفِ. فأمّا إذا رَخُصَ فإنّ الإجارةَ لا تُفْسَخُ؛ لأنّ المُسْتَأجِرَ رَضِيَ بذلك القدرِ وزيادةٍ؛ ولأنّ الفسخَ في الوقفِ عندَ الغلاءِ لمعنى النّظَرِ للوقفِ، وفي هذا ضَرَرٌ فلا تُفْسَخُ.

وأمّا العُذْرُ في استِئجارِ الظِّئْرِ فنحوُ أنْ لا يأخُذَ الصّبيُّ من لبنِها؛ لأنّه لم يَحْصُلْ بعضُ ما دخلَ تحت العقدِ أو بقيَ من لبنِها؛ لأنّ الصّبيّ يتضَرّرُ به.

أو تَحْبَلَ الظِّئْرُ؛ لأنّ لبنَ الحامِلِ يَضُرُّ بالصّبيِّ، أو تكونَ سارِقةً؛ لأنّهم يَخافونَ على مَتاعِهم، أو تكونَ فاجِرةً بيِّنةَ الفُجورِ؛ لأنّها تَتَشاغَلُ بالفُجورِ عن حِفْظِ الصّبيِّ، أو أرادوا أنْ يُسافِروا بصَبيِّهم وأبَتِ الظِّئْرُ أنْ تخرُجَ معهم؛ لأنّ في إلْزامِهم تَرْكَ المُسافَرةِ إضْرارًا بهم، وفي إبْقاءِ العقدِ بعدَ السّفَرِ إضْرارٌ أيضًا.

أو تمرَضَ الظِّئْرُ؛ لأنّ الصّبيّ يتضَرّرُ بلبنِ المريضةِ، والمرأةُ تَتَضَرّرُ بالإرضاعِ في حال

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

المرَضِ أيضًا فيَثْبُتُ حقُّ الفسخِ من الجانِبين.

فإنْ كانوا يُؤْذونَها بألسِنَتِهم أُمِروا أنْ يكفّوا عنها، فإنْ لم يكفّوا كان لها أنْ تخرُجَ؛ لأنّ الأذيّةَ محظورةٌ، فعليهم تَرْكُها، فإنْ لم يَتْرُكوها [1] كان في إبْقاءِ العقدِ ضَرَرٌ غيرُ مُلْتزمٍ بالعقدِ فكان عُذْرًا ولِلزّوجِ أنْ يُخرِجَها من الرّضاعِ إنْ لم تكُنِ الإجارةُ بِرضاه.

وقيلَ: هو على التّفصيلِ إنْ كان مِمّنْ يَشينُه أنْ تُرْضِعَ زوجَتُه فلَه الفسخُ؛ لأنّه يُعَيّرُ بذلك فيتضَرّرُ به، وإنْ كان مِمّنْ لا يَشينُه ذلك لم يكنْ له أنْ يَفْسَخَ؛ لأنّ الممْلوكَ له بالنّكاحِ مَنافِعُ بُضْعِها لا مَنافِعُ ثَدْيِها، فكانت هي بالإجارةِ مُتَصَرّفةً في حقِّها، وقيلَ: له الفسخُ في الوجهَيْنِ؛ لأنّها إنْ أرضَعَتِ الصّبيّ في بيتِهم فلِلزّوجِ أنْ يمْنَعَها من الخُروجِ من منزلِه، وإنْ أرضَعَتْ في بيتِه فلَه أنْ يمْنَعَها من إدْخالِ الصّبيِّ إلى بيتِه.

ثُمّ إذا اعترَضَ شيءٌ من هذه الأعذارِ التي وصَفْناها فالإجارةُ تَنْفَسِخُ بنفسِها أو تحتاجُ إلى الفسخِ؟

قال بعضُ مَشايِخِنا: تَنْفَسِخُ بنفسِها.

وقال بعضُهم: لا تَنْفَسِخُ.

والصّوابُ: أنّه يُنْظَرُ إلى العُذْرِ إنْ كان يوجِبُ العجْزَ عن المُضيِّ في موجَبِ العقدِ شرعًا بأنْ كان المُضيُّ فيه حَرامًا فالإجارةُ تُنْتَقضُ بنفسِها، كما في الإجارةِ على قَلْعِ الضِّرْسِ إذا اشتَكَتْ ثُمّ سَكَنَتْ، وعلى قَطْعِ اليدِ المُتَأكِّلةِ إذا بَرِئَتْ ونحوِ ذلك.

وإنْ كان العُذْرُ بحيثُ لا يوجِبُ العجْزَ عن ذلك لكنّه يتضَمّنُ نوعَ ضَرَرٍ لم يوجِبْه العقدُ لا يَنْفَسِخُ إلاّ بالفسخِ، وهل يُحْتاجُ فيه إلى فسْخِ القاضي أو التّراضي؟ ذَكَرَ في الأصلِ وفي الجامِعِ الصّغيرِ أنّه لا يُحْتاجُ إليه بل للعاقِدِ فسْخُها.

وذَكرَ في الزّياداتِ: أنّها لا تُفْسَخُ إلاّ بفسخِ القاضي أو التّراضي. وجه ما ذَكَرَ في الزّياداتِ: أنّ هذا خيارٌ ثَبَتَ بعدَ تَمامِ العقدِ فأشبَهَ الرّدّ بالعيب بعدَ القبْضِ.

وجه المذكورِ في الأصلِ والجامِعِ الصّغيرِ: أنّ المنافِعَ في الإجارةِ لا تُمْلَكُ جملةً

(١) في المخطوط: «يتركوا».

واحدةً بل شيئًا فشيئًا، فكان اعتِراضُ العُذْرِ فيها بمنزلةِ عَيْبٍ حَدَثَ قبل القبْضِ، والعيبُ الحادِثُ قبل القبْضِ في باب البيعِ يوجِبُ للعاقِدِ حقّ الفسخِ، ولا يَقِفُ ذلك على القضاءِ والرِّضا، كذا هذا.

ومن مَشايِخِنا مَنْ فصّلَ فيه تَفْصيلاً فقال: إنْ كان العُذْرُ ظاهرًا لا حاجةَ إلى القضاءِ، وإنْ كان خَفيًّا كالدّيْنِ يُشْتَرَطُ القضاءُ ليَظْهَرَ العُذْرُ [فيه] [١] ويَزول الاشتِباه، وهذا حَسَنٌ، ويَنْبَغي أنْ يَبيعَ المُسْتَأجَرَ ثُمّ يَفْسَخَ الإجارةَ.

فَصْلٌ [في صفة الإجارة]

وأما صِفةُ الإجارةِ: فالإجارةُ عقدٌ لازِمٌ إذا وقَعَتْ صَحيحةً عَريّةً عن خيارِ الشّرطِ والعيب والرُّؤْيةِ عندَ عامّةِ العلماءِ، فلا تُفْسَخُ من غيرِ عُذْرٍ، وقال شُرَيْحٌ: إنّها غيرُ لازِمةٍ وتُفْسَخُ بالأعذار؛ لأنّها إباحةُ المنفَعةِ فأشبهَتِ الإعارةَ.

ولنا: أنّها تمليكُ المنفَعةِ بعِوَضٍ فأشبهَتِ البيعَ وقال سبحانه وتعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾ [المائدة:١] والفسخُ ليس من الإيفاءِ بالعقدِ.

وقال عُمَرُ رضي الله عنه: البيعُ صَفْقةٌ أو خيارٌ، جعل البيعَ نوعَيْنِ: نوعًا لا خيارَ فيه، ونوعًا فيه خيارٌ، والإجارةُ بيعٌ فيجبُ أنْ تكونَ نوعَيْنِ، نوعًا ليس فيه خيارُ الفسخِ، ونوعًا فيه خيارُ الفسخِ؛ ولأنّها [٢] مُعاوَضةٌ عُقِدَتْ مُطْلَقةً فلا يَنْفَرِدُ أحدُ العاقِدَيْنِ فيها بالفسخِ إلاّ عندَ العجْزِ عن المُضيِّ في موجَب العقدِ من غيرِ تَحَمُّلِ ضَرَرٍ كالبيعِ.

فَصْلٌ [في حكم الإجارة]

وأما حُكمُ الإجارةِ: فالإجارةُ لا تخلو إمّا: أنْ كانت صَحيحةً، وإمّا أنْ كانت فاسِدةً، وإمّا أنْ كانت باطِلةً.

أما الصحيحة: فلَها أحْكامٌ، بعضُها أصليٌّ وبعضُها من التّوابعِ.

أمّا الحُكمُ الأصليُّ فالكلامُ فيه في ثلاثةِ مواضِعَ:

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «ولأن هذه».

- في بيانِ أصلِ الحُكمِ.
- وفي بيانِ وقتِ ثُبوتِه.
- وفي بيانِ كيْفيّةِ ثُبوتِه.

أمّا الأوّلُ: فهو ثُبوتُ الملكِ في المنفَعةِ للمُسْتأجِرِ، وثُبوتُ الملكِ في الأُجْرةِ [٢/ ٢٣٤أ] المُسمّاةِ للآجِرِ؛ لأنّها عقدُ مُعاوَضةٍ إذْ هي بيعُ المنفَعةِ، والبيعُ عقدُ مُعاوَضةٍ، فيقتَضي ثُبوتَ الملكِ في العِوَضَيْنِ.

وأمّا وقتُ ثُبوتِه: فالعقدُ لا يَخْلو إمّا أنْ كان عُقِدَ مُطْلَقًا عن شرطِ تعجيلِ الأُجْرةِ، وإمّا أنْ شُرِطَ فيه تعجيلُ الأُجْرةِ أو تأجيلُها.

فإنْ عُقِدَ مُطْلَقًا؛ فالحُكمُ يَثْبُتُ في العِوَضَيْنِ في وقتٍ واحدٍ، فيَثْبُتُ الملكُ للمُؤاجِرِ في الأُجْرةِ وقتَ ثُبوتِ الملكِ للمُسْتأجِرِ في المنفَعةِ، وهذا قولُ أصحابنا [١].

وقال الشافعيُّ: حُكمُ الإجارةِ المُطْلَقةِ هو ثُبوتُ الملكِ في العِوَضَيْنِ عَقيبَ العقدِ بلا فصلٍ [٢].

وأمّا كيْفيّةُ ثُبوتِ حُكمِ العقدِ فعندَنا: يَثْبُتُ شيئًا فشيئًا على حَسَبِ حُدوثِ مَحَلِّه، وهو المنفَعةُ؛ لأنّها تَحْدُثُ شيئًا فشيئًا، وعندَه تُجعَلُ منافع المُدّةِ موجودةً تقديرًا كأنّها أعيانٌ قائمةٌ ويَثْبُتُ الحُكمُ فيها في الحالِ، وعلى هذا يُبنَى أنّ الأُجْرةَ لا تُمْلَكُ بنفسِ العقدِ المُطْلَقِ عندَنا، وعندَه تُمْلَكُ.

وَجهُ قولِه: أنّ الإجارةَ عقدُ مُعاوَضةٍ وقد وُجِدَتْ مُطْلَقةً، والمُعاوَضةُ المُطْلَقةُ تقتَضي ثُبوتَ الملكِ في العِوَضَيْنِ [٣] عَقيبَ العقدِ كالبيعِ، إلاّ أنّ الملكَ لا بُدّ له من مَحَلٍّ تَثْبُتُ فيه، ومَنافِعُ المُدّةِ معلومةٍ (في الحالِ) [٤] حقيقةً، فتُجعَلُ موجودةً حُكمًا تَصْحيحًا

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (١٢٨). شرح فتح القدير (٩/ ٦٦، ٦٧)، البناية (٩/ ٢٨٢).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: أنه إذا شرط في الأجرة التأجيل أو التنجيم أو التعجيل، كانت مؤجلة أو منجمة أو معجلة، وملكها المكري بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر. انظر: الوسيط (٤/ ١٥٦)، روضة الطالبين (٥/ ١٧٤)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤).

(٣) في المخطوط: «الموضعين».

(٤) في المخطوط: «للحال».

للعقدِ، وقد يُجْعَلُ المعدومُ حقيقةً موجودًا تقديرًا عندَ تَحقُّقِ الحاجةِ والضّرورةِ.

ولنا: أنّ المُعاوَضةَ المُطْلَقَةَ إذا لم يَثْبُتِ الملكُ فيها في أحدِ العِوَضَيْنِ لا يَثْبُتُ في العِوَضِ الآخَرِ، إذْ لو ثَبَتَ لا يكونُ مُعاوَضةً حقيقةً؛ لأنّه لا يُقابلُه عِوَضٌ؛ ولأنّ المُساواةَ في العُقودِ المُطْلَقَةِ مَطْلوبُ العاقِدَيْنِ، ولا مُساواةَ إذا لم يَثْبُتِ الملكُ في أحدِ العِوَضَيْنِ والملكُ لم يَثْبُتْ في أحدِ العِوَضَيْنِ، وهو مَنافِعُ المُدّةِ؛ لأنّها معدومة حقيقةً، فلا تَثْبُتُ في الأُجْرةِ في الحالِ تَحْقيقًا للمُعاوَضةِ المُطْلَقةِ في أيِّ وقتٍ تَثْبُتُ؟ فقد كان أبو حنيفةَ أوّلاً يقولُ: إنّ الأُجْرةَ لا تجبُ إلاّ بعدَ مُضيِّ المُدّةِ في الإجارة التي تقع على المدة مثلُ استِئْجارِ الأرضِ سَنةً أو عشرَ سِنينَ، وهو قولُ زُفَرَ، ثُمّ رَجَعَ هُنا فقال: تجبُ يومًا فيومًا وفي الإجارةِ على المسافةِ مثلَ: أن يستأجر بَعيرًا إلى مَكّةَ ذاهبًا وجائيًا كان قولُه الأوّلَ: أنّه لا يَلْزَمُه تَسْليمُ الأجرِ حتّى يَعودَ، وهو قولُ زُفَرَ، ثُمّ رَجَعَ وقال: يُسَلِّمُ حالاً فحالاً.

وذكر الكرخيّ: أنّه يُسَلِّمُ أُجْرةَ كُلِّ مرحَلةٍ إذا انتَهَى إليها، وهو قولُ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ.

وجه قولِ أبي حنيفةَ الأوّلِ: أنّ مَنافِعَ المُدّةِ أو المسافةِ من حيثُ إنّها معقودٌ عليها شيءٌ واحدٌ، فما لم يَسْتَوْفِها كُلّها لا يجبُ شيءٌ من بَدَلِها، كمَنِ استأجَرَ خيّاطًا يَخيطُ ثَوْبًا فخاطَ بعضَه أنّه لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ [1] حتّى يَفْرُغَ منه، وكذا القصّارُ والصّبّاغُ.

وَجْهُ قولِه الثاني وهو المشهور: أن [2] ملكَ البدَلِ بمقابلة ملك المبدل وهو المنفَعةُ، وأنّها تَحْدُثُ شيئًا فشيئًا على حَسَبِ حُدوثِ الزّمانِ فيملِكُها شيئًا فشيئًا على حَسَبِ حُدوثِها، فكذا ما يُقابلُها، فكان يَنْبَغي أنْ يجبَ عليه تَسْليمُ الأُجْرةِ ساعةً فساعةً، إلاّ أنّ ذلك مُتَعَذِّرٌ فاستُحْسِنَ، فقال: يومًا فيومًا ومرحَلةً فمرحَلةٍ؛ لأنّه لا تَعَذُّرَ فيه. ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ فيمَنِ استأجَرَ بَعيرًا إلى مَكّةَ أنّه إذا بَلَغَ ثُلُثَ الطّريقِ أو نصفَه أعطَى من الأجرِ بحِسابه استِحْسانًا، وذَكَرَ الكَرْخيُّ أنّ هذا قولُ أبي يوسُفَ الأخيرُ [3].

ووَجْهُه: أنّ السّيْرَ إلى ثُلُثِ الطّريقِ أو نصفِه مَنْفَعةٌ مقصودةٌ في الجملةِ، فإذا وُجِدَ ذلك القدرُ يَلْزَمُه [4] تَسْليمُ بَدَلِه.

---

(١) في المخطوط: «الأجر».
(٢) في المطبوع: «أنه».
(٣) في المخطوط: «الآخر».
(٤) في المخطوط: «يلزم».

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا أبْرأ المُؤاجِرُ المُسْتَأجِرَ من الأجرِ أو وهَبَه له أو تَصَدّقَ به عليه أنّ ذلك لا يجوزُ في قولِ أبي يوسُفَ الأخيرِ [١] عَيْنًا كان الأجرُ أو دَيْنًا.

وقال محمد: إنْ كان دَيْنًا جاز.

وجه قولِ أبي يوسُفَ ظاهرٌ خارجٌ [٢] على الأصلِ: وهو أنّ الأُجْرةَ لم يملِكها المُؤاجِرُ في العقدِ المُطْلَقِ عن شرطِ التّعْجيلِ، والإبْراءُ عَمّا ليس بمَمْلوكِ المُبْرِئِ لا يصحُّ، بخلافِ الدّيْنِ المُؤَجّلِ؛ لأنّه مَمْلوكٌ، وإنّما التّأجيلُ لتَأخيرِ المُطالَبةِ فيصحُّ الإبْراءِ عنه، [وكذا] [٣] هِبةُ غيرِ الممْلوكِ لا تَصحُّ.

وجه قولِ محمدٍ: أنّ الإبْراءَ لا يصحُّ إلاّ بالقبولِ، فإذا قَبِلَ المُسْتَأجِرُ فقد قَصَدا صحّةَ تَصرُّفِهما، ولا صحّةَ إلاّ بالملكِ، فيُثْبتُ الملكُ مُقْتَضى التّصرُّفِ تَصْحيحًا له كما في قولِ الرّجُلِ لغيرِه: أعتِقْ عبدَكَ عَنّي على ألفِ درهمٍ، فقال: أعتقت، لأن الإبْراءُ إسقاطٌ، وإسقاطُ الحقِّ بعدَ وجودِ سبب الوجوب جائزٌ، كالعفوِ عن القِصاصِ بعدَ الجُرْحِ قبل الموتِ، وسببُ الوجوب ههنا موجودٌ وهو العقدُ المُنْعَقِدُ.

والجواب: أنّه إنْ كان يعني بالانعِقادِ في حقِّ الحُكمِ فهو غيرُ مُنْعَقِدٍ في حقِّ الحُكم بلا خلافٍ بين [٢/ ٢٣٤ ب] أصحابنا، وإنْ كان يعني به شيئًا آخرَ فهو غيرُ معقولٍ، ولو أبْرأه عن [٤] بعضِ الأُجْرةِ أو وهَبَ منه جاز في قولِهم جميعًا.

أمّا على أصلِ محمّدٍ فظاهرٌ؛ لأنّه يجوزُ ذلك عندَه في الكُلِّ فكذا في البعضِ.

وأمّا على أصلِ أبي يوسُفَ؛ فلأنّ ذلك حَطٌّ بعضِ الأُجْرةِ فيُلْحقُ [٥] الحطُّ بأصلِ العقدِ فيصيرُ (كما لو وُجِدَ) [٦] في حالِ العقدِ بمنزلةِ هِبةِ بعضِ الثّمَنِ في البيعِ، وحَطُّ الكُلِّ لا يُمْكِنُ إلْحاقُه بأصلِ العقدِ، ولا سبيلَ إلى تَصْحيحِه للحالِ لعَدَمِ الملكِ.

وأمّا إذا كانتِ الأُجْرةُ عَيْنًا من الأعيانِ فوَهَبَها المُؤاجِرُ للمُسْتَأجِرِ قبل استيفاءِ المنافِعِ فقد قال أبو يوسُفَ: إنّ ذلك لا يكونُ نَقْضًا للإجارةِ.

وقال محمد: إنْ قَبِلَ المُسْتَأجِرُ الهِبةَ بَطَلَتِ الإجارةُ، وإنْ رَدّها لم تَبْطُلْ، أمّا أبو يوسُفَ

---

(١) في المخطوط: «الآخر».
(٢) في المخطوط: «جارٍ».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) في المخطوط: «فيلتحق».
(٦) في المخطوط: «كالموجود».

فقد مَرّ على [الأصلِ] (١) أنّ الهِبةَ لم تَصحّ لعَدَمِ الملكِ، فالتَحقَتْ بالعدَمِ كأنّها لم توجَدْ رأسًا، بخلافِ المُشْتَري إذا وُهِبَ المبيعَ من بائعِه قبل القبْضِ وقَبِلَه البائعُ أنّ ذلك يكونُ نَقْضًا للبيعِ؛ لأنّ الهِبةَ هناك قد صَحّتْ لصُدورِها من المالِكِ، فثَبَتَ الملكُ للبائعِ فانفَسَخَ البيعُ.

وأما محمدٌ فإنه يقولُ: الأُجْرةُ إذا كانت عَيْنًا كانت في حُكمِ المبيعِ؛ لأنّ ما يُقابلُها هو في حُكمِ الأعيانِ، والمُشْتَري إذا وُهِبَ المبيعَ قبل القبْضِ من البائعِ فقَبِلَه البائعُ؛ يَبْطُلُ البيعُ، كذا هذا، وإذا رَدّ المُسْتَأجِرُ الهِبةَ لا تَبْطُلُ الإجارةُ؛ لأنّ الهِبةَ لا تَتمُّ إلاّ بالقبولِ، فإذا ردها بَطَلَتْ والتَحقَتْ بالعدَمِ.

وعلى هذا إذا صارفَ المُؤاجِرُ (٢) المُسْتَأجِرَ بالأُجْرةِ فأخذ بها دينارًا بأنْ كانتِ الأُجْرةُ دراهمَ أنّ العقدَ باطِلٌ عندَ أبي يوسُفَ في قولِه الأخيرِ (٣)، وكان قولُه الأوّلُ: إنّه جائزٌ، وهو قولُ محمّدٍ.

فأبو يوسُفَ مَرّ على الأصلِ فقال: الأُجْرةُ لم تجبْ بعقدِ الإجارةِ، وما وجَبَ بعقدِ الصّرْفِ لم يوجدْ فيه التّقابُضُ في المجلسِ، فيَبْطُلَ العقدُ فيه كمَنْ باعَ دينارًا بعشرةٍ فلم يتقابَضا؛ ولأنّه يشتري الدّينارَ بدراهمَ في ذِمّتِه ثُمّ يَجْعَلُها قِصاصًا بالأُجْرةِ، ولا أُجْرةَ له، فيَبْقَى ثَمَنُ الصّرْفِ في ذِمّتِه، فإذا افْتَرَقا قبل القبْضِ بَطَلَ الصّرْفُ.

ومحمدٌ يقولُ: إذا لم يَجُزِ الصّرْفُ إلاّ ببَدَلٍ واجِبٍ - ولا وجوبَ (إلاّ بشرطِ) (٤) التّعْجيلِ - ثَبَتَ الشّرطُ مُقْتَضٍ إقدامَهما على الصّرْفِ.

ولو شرَطا تعجيلَ الأُجْرةِ ثُمّ تَصارفا جاز؛ كذا هذا.

ولو اشترى المُؤاجِرُ (٥) من المُسْتَأجِرِ عَيْنًا من الأعيانِ بالأُجْرةِ جاز في قولِهم؛ لأنّ العقدَ على الأعيانِ لا يقتضي قبض البدل في المجلس فجاز العقد، وإن كانت الأجرة غير واجبة ويبقى الثمن في ذمته، ولو أخذ بالأجرة رهنًا أو كفيلاً جاز في قولهم أما على أصل محمد فلأن الإبراء والهِبةِ جائزانِ، فالرّهْنُ والكفالةُ أولى.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «المؤجِّر».
(٣) في المخطوط: «الآخر».
(٤) في المخطوط: «من غير».
(٥) في المخطوط: «المؤجر».

وأما على أصلِ أبي يوسفَ، فأمّا الكفالةُ؛ فلأنّ جَوازَها لا يَسْتَدْعي قيامَ الدَّيْنِ للحالِ، بدَليلِ أنّه لو كفَلَ بما يَذوبُ له على فُلانٍ جازَتْ، وكذلك الكفالةُ بالدّين جائزةٌ، وكذلك الرّهْنُ بدَيْنٍ لم يجبْ جائزٌ، كالرّهْنِ بالثّمَنِ في المبيعِ المشْروطِ فيه الخيارُ؛ ولأنّ الكفالةَ والرّهْنَ شُرِعا للتّوَثُّقِ، والتّوَثُّقُ مُلائمٌ للأجرِ [(١)]، هذا إذا وقَعَ العقدُ مُطْلَقًا عن شرطِ [(٢)] تعجيلِ الأُجْرةِ.

فأمّا إذا شُرِطَ في تعجيلِها مُلِكَتْ بالشّرطِ وجَبَ تعجيلُها، فالحاصِلُ أنّ الأُجْرةَ لا تُمْلَكُ عندَنا إلاّ بأحدِ مَعانٍ ثلاثةٍ:

أحدُها: شرطُ التّعْجيلِ في نفسِ العقدِ.

والثاني: التّعْجيلُ من غيرِ شرطٍ.

والثالثُ: استيفاءُ المعقودِ عليه.

أمّا ملكُها بشرطِ التّعْجيلِ فلأنّ ثُبوتَ الملكِ في العِوَضَيْنِ في زَمانٍ واحدٍ لتَحْقيقِ [(٣)] معنى المُعاوَضةِ المُطْلَقةِ وتَحْقيقِ المُساواةِ التي هي مَطْلوبُ العاقِدَيْنِ، ومعنى المُعاوَضةِ والمُساواةِ لا يتحقّقُ إلاّ (في ثُبوتِ) [(٤)] الملكِ فيهما في زَمانٍ واحدٍ، فإذا شُرِطَ التّعْجيلُ فلم توجَدِ المُعاوَضةُ المُطْلَقةُ بَلِ المُقَيّدةُ بشرطِ التّعْجيلِ فيجبُ اعتِبارُ شرطِهما لقولِه ﷺ: «المسلمونَ عندَ شُروطِهم» [(٥)]. فيَثْبُتُ الملكُ في العِوَضِ قبل ثُبوتِه في المُعَوّضِ؛ ولهذا صَحّ التّعْجيلُ في ثَمَنِ المبيعِ وإنْ كان إطلاقُ العقدِ يقتَضي الحُلول، كذا هذا، وللمُؤَجِّرِ [(٦)] حَبْسُ ما وقَعَ عليه العقدُ حتّى يَسْتَوْفيَ الأُجْرةَ، كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ في جامِعِه؛ لأنّ المنافِعَ [في] [(٧)] باب الإجارةِ كالمبيعِ في باب البيعِ، والأُجْرةُ في الإجاراتِ

---

(١) في المخطوط: «للأجرة».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «لِتَحقُّقِ».

(٤) في المخطوط: «بثبوت».

(٥) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح برقم (٣٥٩٤)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٧) برقم (٢٣٠٩)، والدارقطني (٣/ ٢٧) برقم (٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٧٩) برقم (١١٢١١)، والديلمي في الفردوس (٤/ ١٩١) برقم (٦٥٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل رقم (١٣٠٣).

(٦) في المخطوط: «وللمؤاجر».

(٧) ليست في المخطوط.

كالثّمَنِ في البياعاتِ، وللبائعِ حَبْسُ المبيعِ إلى أنْ يَسْتَوْفيَ الثّمَنَ، فكذا للمُؤاجِرِ حَبْسُ المنافِعِ إلى أنْ يَسْتَوْفيَ الأُجْرةَ المُعَجّلةَ.

فإنْ قِيلَ لا فائدةَ في هذا الحبْسِ؛ لأنّ الإجارةَ إذا وقَعَتْ على مُدّةٍ فإذا حُبسَ المُسْتَأجَرُ مُدّةً بَطَلَتِ الإجارةُ في تلك المُدّةِ، ولا شيءَ فيها من الأُجْرةِ، فلم يكنِ الحبْسُ مُفيدًا.

فالجوابُ: إنّ الحبْسَ مُفيدٌ؛ لأنّه يُحْبَسُ ويُطالَبُ بالأُجْرةِ، فإنْ عَجّلَ وإلاّ فُسِخَ [٢/ ٢٣٥ أ] العقدُ فكان في الحبْسِ فائدةٌ على أنّ هذا لا يَلْزَمُ في الإجارةِ على المسافةِ بأنْ أجّرَ دابّةً مسافةً معلومةً؛ لأنّ العقدَ ههنا لا يَبْطُلُ بالحبْسِ، وكذا هذا، ويَبْطُلُ ببيعِ ما يتسارَعُ إليه الفسادُ كالسّمَكِ الطّريِّ ونحوِه إذْ للبائعِ حَبْسُه حتّى يَسْتَوْفيَ الثّمَنَ، وإنْ كان يُؤدّي إلى إبْطال البيعِ بهَلاكِ المبيعِ قبل القبْضِ، وإنْ وقَعَ الشّرطُ في عقدِ الإجارةِ على أنْ لا يُسَلِّمَ المُسْتأجِرُ الأجرَ إلاّ بعدَ انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ فهو جائزٌ.

وأمّا على قولِ أبي حنيفةَ الأوّلِ فظاهرٌ؛ لأنّ الأُجْرةَ لا تجبُ إلاّ في آخِرِ المُدّةِ، فإذا شُرِطَ كان هذا شرطًا مُقرِّرًا مُقْتَضَى العقدِ فكان جائزًا، وأمّا على قولِه الآخرِ: فالأُجْرةُ وإنْ كانت تجبُ شيئًا فشيئًا فقد شُرِطَ تَأجيلُ الأُجْرةِ، والأُجْرةُ كالثّمَنِ فتحتَمِلُ التّأجيلَ كالثّمَنِ.

وأمّا إذا عَجّلَ الأُجْرةَ من غيرِ شرطٍ فلأنّه لَمّا عَجّلَ [الأُجْرةَ] [١] فقد غَيّرَ مُقْتَضَى مُطْلَقِ العقدِ، وله هذه الوِلايةُ؛ لأنّ التّأخيرَ ثَبَتَ حقًّا له فيملِكُ إبْطالَه بالتّعْجيلِ، كما لو كان عليه دَيْنٌ مُؤَجّلٌ فعَجّلَه؛ ولأنّ العقدَ سببُ استِحْقاقِ الأُجْرةِ فالاستِحْقاقُ وإنْ لم يَثْبُتْ فقد انعَقَدَ سببُه، وتعجيلُ الحُكمِ قبل الوجوب بعدَ وجودِ سبب الوجوب جائزٌ، كتعجيلِ الكفّارةِ بعدَ الجُرْحِ قبل الموتِ.

وأمّا إذا استوْفيَ المعقودُ عليه فلأنّه يملِكُ المُعوّضَ فيملِكُ المُؤاجِرُ العِوَضَ في مُقابَلَتِه تَحْقيقًا للمُعاوَضةِ المُطْلَقةِ، وتَسْويةً بين العاقِدَيْنِ في حُكمِ العقدِ المُطْلَقِ، وعلى هذا الأصلِ تُبنَى الإجارةُ المُضافةُ إلى زَمانٍ في المُستقبَلِ بأنْ قال: أجّرْتُك هذه الدّارَ غدًا أو رأسَ شهرِ كذا، أو قال: أجَرْتُك هذه الدّارَ سَنةً أوّلُها غرّةُ شهرِ رَمَضانَ أنّها جائزةٌ في قولِ

---

(١) ليست في المخطوط.

أصحابنا [(١)]، وعندَ الشّافعيِّ: لا تجوزُ [(٢)].

وجه البناءِ: أنّ الإجارةَ بيعُ المنفَعةِ، وطريقُ جَوازِها عندَه أنْ يَجْعَلَ مَنافِعَ المُدّةِ موجودةً تقديرًا عَقيبَ العقدِ تَصْحيحًا له إذْ لا بُدّ وأنْ يكونَ مَحَلُّ حُكمِ العقدِ موجودًا ليُمْكِنَ إثباتُ حُكمِه فيه، فجُعِلَتِ المنافِعُ موجودةً حُكمًا كأنّها أعيانٌ قائمةٌ بنفسِها، وإضافةُ البيعِ إلى عَيْنٍ سَتوجَدُ لا تَصحُّ كما في بيعِ الأعيانِ حقيقةً.

وأمّا عندَنا: فالعقدُ يَنْعَقِدُ شيئًا فشيئًا على حَسَب حُدوثِ المعقودِ عليه شيئًا فشيئًا وهو المنفَعةُ فكان العقدُ مُضافًا إلى حينِ وجودِ المنفَعةِ من طريقِ الدّلالةِ، فالتّنْصيصُ على الإضافةِ يكونُ مُقَرِّرًا مُقْتَضَى العقدِ، إلاّ أنّا جَوّزْنا الإضافةَ في الإجارةِ دونَ البيعِ للضّرورةِ؛ لأنّ المنفَعةَ حالَ وجودِها لا يُمْكِنُ إنْشاءُ العقدِ عليها، فدَعَتِ الضّرورةُ إلى الإضافةِ، ولا ضَرورةَ في بيعِ العيْنِ لإمكانِ إيقاعِ العقدِ عليها بعدَ وجودِها؛ لكَوْنِها مُحْتَمِلةً للبقاءِ فلا ضَرورةَ إلى الإضافةِ، وطريقُنا أولى؛ لأنّ جَعْلَ المعدومِ موجودًا تقديرٌ للمُحالِ، وتقديرُ المُحالِ مُحالٌ ولا إحالةَ في الإضافةِ إلى زَمانٍ في المُسْتقبَلِ، فإنّ كثيرًا من التّصرُّفاتِ تَصحُّ مُضافةً إلى المُسْتقبَلِ كالطّلاقِ والعتاقِ ونحوِهما، فكان (الصّحيحُ ما قُلْنا) [(٣)].

وَأمّا الأحْكامُ التي هي من التّوابعِ فكَثيرةٌ، بعضُها يرجعُ إلى الآجِرِ والمُسْتَأجِرِ مِمّا عليهما ولهما، وبعضُها يرجعُ إلى صِفةِ المُسْتَأجِرِ والمُسْتَأجَرِ فيه.

أمّا الأوّلُ: فجملةُ الكلامِ فيه أنّ عقدَ الإجارةِ لا يَخْلو:

إمّا أنْ شُرِطَ فيه تعجيلُ البدَلِ أو تَأجيلُه. وإمّا أنْ كان مُطْلَقًا عن شرطِ التّعْجيلِ والتّأجيلِ، فإنْ شُرِطَ فيه تعجيلُ البدَلِ فعلى المُسْتَأجِرِ تعجيلُها والابتِداءُ بتَسْليمِها، سَواءٌ كان ما وقَعَ عليه الإجارةُ شيئًا يُنْتَفَعُ بعَيْنِه كالدّارِ والدّابّةِ وعبدِ الخدمةِ، أو كان صانِعًا أو عامِلاً يُنْتَفَعُ بصَنْعَتِه أو عَمَلِه كالخيّاطِ والقصّارِ والصّيّاغِ والإسكاف؛ لأنّهما لَمّا شرَطا

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٣/ ١٢٧٩).

(٢) مذهب الشافعية: أنه لو استأجر منه شهر رمضان في رجب لا يصح. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٣٤٦).

(٣) في المخطوط: «التصحيح بما قلنا أولى».

تعجيلَ البدَلِ لَزِمَ اعتِبارُ شرطِهما لقولِه ﷺ: «المسلمونَ عندَ شُروطِهم» (١)، ومَلَكَ الآجِرُ البدَلَ حتّى تجوزَ له هِبَتُه، والتّصَدُّقُ به، والإبْراءُ عنه، والشِّراءُ، والرّهْنُ، والكفالةُ، وكُلُّ تَصَرُّفٍ يملِكُ البائعُ في الثّمَنِ في باب البيعِ، وللمُؤاجِرِ أنْ يمْتَنِعَ عن تَسْليمِ المُسْتَأجَرِ في الأشياءِ المُنْتَفَعِ بأعيانِها حتّى يَسْتَوْفيَ الأُجْرةَ، وكذا للأجيرِ الواحدِ أنْ يمْتَنِعَ عن تَسْليمِ النّفسِ، وللأجيرِ المُشْتَرَكِ أنْ يمْتَنِعَ عن إيفاءِ العمَلِ قبل استيفاءِ الأُجْرةِ؛ لأن الأجرة في الإجارات كالثّمَنِ في البياعاتِ، وللبائعِ حَبْسُ المبيعِ إلى أنْ يَسْتَوْفيَ الثّمَنَ إذا لم يكنْ مُؤَجّلاً، كذا ههنا.

وإنْ شُرِطَ فيه تَأجيلُ الأُجْرةِ يُبْتَدَأُ بتَسْليمِ المُسْتَأجَرِ وإيفاءِ العمَلِ وإنّما يجبُ بتَسْليمِ البدَلِ عندَ انقِضاءِ الأجَلِ؛ لأنّ الأصلَ في الشُّروطِ اعتِبارُها؛ للحَديثِ الذي رَوَيْنا، وإنْ كان العقدُ مُطْلَقًا عن شرطِ [٢/ ٢٣٥ ب] التّعْجيلِ والتّأجيلِ يُبْتَدَأُ بتَسْليمِ ما وقَعَ عليه العقدُ في نوعَيِ الإجارةِ، فيجبُ على المُؤاجِرِ تَسْليمُ المُسْتَأجَرِ، وعلى الأجيرِ تَسْليمُ النّفسِ أو إيفاءُ العمَلِ أوّلاً عندَنا، خلافًا للشّافعيِّ؛ لأنّ الأُجْرةَ لا تجبُ عندَنا بالعقدِ المُطْلَقِ، وعندَه تجبُ، والمسألةُ قد مَرّتْ، غيرَ أنّ في النّوعِ الأوّلِ وهو الإجارةُ على الأشياءِ المُنْتَفَعِ بأعيانِها إذا سَلِمَ المُسْتَأجَرُ لا يجبُ على المُسْتَأجِرِ تَسْليمُ البدَلِ كُلِّه للحالِ، بل على حَسَبِ استيفاءِ المنفَعةِ شيئًا فشيئًا حقيقةً أو تقديرًا بالتّمَكُّنِ من الاستيفاءِ في قولِ أبي حنيفةَ الآخَرِ، وللمُؤاجِرِ أنْ يُطالبه بالأُجْرةِ بمِقْدارِ ذلك يومًا فيومًا في الإجارةِ على العقارِ ونحوِه، ومرحَلةً مرحَلةً [في الإجارةِ] (٢) على المسافةِ، ولكنْ يجبر المُكاري على الحمْلِ إلى المكانِ المشروطِ، إذْ لو لم يُخَيّرْ لَتَضَرّرَ [به] (٣) المُسْتَأجِرُ، وفي قولِه الأوّلِ وهو قولُ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا يجبُ تَسْليمُ شيءٍ من البدَلِ إلاّ عندَ انتِهاءِ المُدّةِ، أو قَطْعِ المسافةِ كُلِّها في الإجارةِ على قَطْعِ المسافةِ، وقد ذَكَرْنا وجهَ القولَيْنِ فيما تَقَدّمَ.

وأمّا في النّوعِ الآخَرِ وهو استِئْجارُ الصُّنّاعِ والعُمّالِ: فلا يجبُ تَسْليمُ شيءٍ من البدَلِ إلاّ عندَ انتِهاءِ المُدّةِ أو قَطْعِ المسافةِ بعدَ الفراغِ من العمَلِ بلا خلافٍ، حتّى قالوا في الحمّالِ ما لم يَحُطّ المتاعَ من رأسِه: لا يجبُ الأجرُ؛ لأنّ الحطّ من تَمامِ العمَلِ، وهكذا قال أبو يوسُفَ في الحمّالِ يَطْلُبُ الأُجْرةَ بعدَما بَلَغَ المنزلَ قبل أنْ يَضَعَه: إنّه ليس له

(١) سبق تخريجه.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.

ذلك؛ لأنّ الوضعَ من تَمامِ العمَلِ.

والفرقُ، أنّ كُلّ جزءٍ من العمَلِ في هذا النّوعِ غيرُ مقصودٍ؛ لأنّه لا يُنْتَفَعُ ببعضِه دونَ بعضٍ، فكان الكُلُّ كشيءٍ واحدٍ، فما لم يوجدْ لا يُقابلُه البدَلُ بلا خلافٍ، بخلافِ النّوعِ الأوّلِ على قولِ أبي حنيفةَ الآخَرِ؛ لأنّ كُلّ جزءٍ من السُّكنَى وقَطْعِ المسافةِ مقصودٌ فيُقابَلُ بالأُجْرةِ ثُمّ في النّوعِ الآخَرِ إذا أرادَ الأجيرُ حَبْسَ العيْنِ بعدَ الفراغِ من العمَلِ لاستيفاءِ الأُجْرةِ هل له ذلك؟

يُنظَرُ، إنْ كان لعَمَلِه أثَرٌ ظاهرٌ في العيْنِ كالخيّاطِ والقصّارِ والصّبّاغِ والإسكاف له ذلك؛ لأنّ ذلك الأثَرَ هو المعقودُ عليه وهو صَيْرورةُ الثّوب مَخيطًا مقصورًا، وإنّما العمَلُ يُحَصِّلُ [١] ذلك الأثَرَ عادةً، والبدَلُ يُقابلُ ذلك الأثَرَ، فكان كالمبيعِ، فكان له أنْ يَحْبسَه لاستيفاءِ الأُجْرةِ، كالمبيعِ قبل القبْضِ أنّه يُحْبَسُ لاستيفاءِ الثّمَنِ إذا لم يكنِ الثّمَنُ مُؤَجّلاً.

ولو هَلَكَ قبل التّسْليمِ تَسْقُطُ الأُجْرةُ؛ لأنّه مَبيعٌ هَلَكَ قبل القبْضِ، وهل يجبُ الضّمانُ؟ فعندَ أبي حنيفةَ لا يجبُ، وعندَهما يجبُ؛ لأنّه يجبُ قبل الحبْسِ عندَهما، فبعدَ الحبْسِ أولى، والمسألةُ تأتي في موضِعِها إنْ شاء اللّه تعالى.

وإنْ لم يكنْ لعَمَلِه أثَرٌ ظاهرٌ في العيْنِ كالحمّالِ والملّاحِ والمُكاري ليس له أنْ يَحْبسَ العيْنَ؛ لأنّ ما لا أثَرَ له في العيْنِ فالبدَلُ إنّما يُقابلُ نفسَ العمَلِ، إلاّ أنّ العمَلَ كُلّه كشيءٍ واحدٍ، إذْ لا يُنْتَفَعُ ببعضِه دونَ بعضٍ، فكَما فرَغَ حَصَلَ في يَدِ المُسْتَأجِرِ فلا يملِكُ حَبْسَه عنه بعدَ طَلَبه (كاليدِ المودَعةِ) [٢]؛ ولهذا لا يجوزُ حَبْسُ الوديعةِ بالدّيْنِ، ولو حَبَسَه فهَلَكَ قبل التّسْليمِ لا تَسْقُطُ الأُجْرةُ؛ لما ذَكَرْنا أنّه كما وقَعَ [في] [٣] العمَلِ حَصَلَ مُسلّمًا إلى المُسْتَأجِرِ لحُصولِه في يَدِه، فتَقَرّرَتْ عليه الأُجْرةُ فلا تحتَمِلُ السُّقوطَ بالهَلاكِ، ويَضْمَنُ؛ لأنّه حَبَسَه بغيرِ حقٍّ فصار غاصِبًا بالحبْسِ، ونصّ محمّدٌ على الغصْب فقال: فإنْ حَبَسَ الحمّالُ المتاعَ في يَدِه فهو غاصِبٌ.

ووَجْهُه ما ذَكَرْنا أنّ العيْنَ كانت أمانةً في يَدِه، فإذا حَبَسَها بدَيْنِه فقد صار غاصِبًا، كما لو حَبَسَ المودَعُ الوديعةَ بالدّيْنِ. هذا الذي ذَكَرْنا أنّ العمَلَ لا يصيرُ مُسلّمًا إلى المُسْتَأجِرِ

---

(١) في المخطوط: «تحصيل». (٢) في المخطوط: «كيد الوديعة».
(٣) ليست في المخطوط.

إلاّ بعدَ الفراغِ منه؛ حتّى لا يملِكَ الأجيرُ المُطالَبةَ بالأُجْرةِ قبل الفراغِ إذا كان المعمولُ (١) فيه في يَدِ الأجيرِ.

فإنْ كان في يَدِ المُستَأجِرِ فقدرُ ما أوقَعَه من العمَلِ فيه يصيرُ مُسلَّمًا إلى المُسْتأجِرِ قبل الفراغِ منه؛ حتّى يملِكَ المُطالَبةَ بقدرِه من المُدّةِ بأنِ استأجَرَ رجلاً ليَبنيَ له بناءً في ملكِه، أو فيما (٢) في يَدِه، بأنِ استأجَرَه ليَبنيَ له بناءً في دارِه، أو يعملَ له ساباطًا (٣) أو جَناحًا، أو يَحْفِرَ له بئرًا أو قَناةً أو نَهرًا أو ما أشبَهَ ذلك في ملكِه أو فيما في يَدِه، فعَمِلَ بعضَه، فلَه أنْ يُطالبه بقدرِه من الأُجْرةِ. لكنّه يُجْبَرُ على الباقي، حتّى لو انهَدَمَ البناءُ، أو انهارَتِ البئرُ، أو وقَعَ فيها الماءُ والتُّرابُ وسَوّاها مع الأرضِ، أو سَقَطَ السّاباطُ فلَه أجرُ ما عَمِلَه بحِصّتِه؛ لأنّه إذا كان في ملكِ المُستَأجِرِ أو في يَدِه فكَما عَمِلَ شيئًا حَصَلَ في يَدِه قبل هَلاكِه وصار مُسَلّمًا إليه، فلا يَسْقُطُ بَدَلُه بالهَلاكِ.

ولو كان ذلك في غيرِ ملكِه ويَدِه ليس له أنْ يَطْلُبَ شيئًا من الأُجْرةِ [٢/ ٢٣٦ أ] قبل الفراغِ من عَمَلِه وتَسْليمِه إليه، حتّى لو هَلَكَ قبل التّسْليمِ لا يجبُ شيءٌ من الأُجْرةِ؛ لأنّه إذا لم يكنْ في ملكِه، ولا في يَدِه، تَوَقّفَ وجوبُ الأُجْرةِ فيه على الفراغِ والتّمامِ (٤).

وقال الحسَنُ بنُ زيادٍ: إذا أراه موضِعًا من الصّحْراءِ يَحْفِرُ فيه بئرًا فهو بمنزلةِ ما هو في ملكِه ويَدِه، وقال في آخِرِ الكلامِ: وهذا قياسُ قولِ أبي حنيفةَ.

وقال محمّدٌ: لا يكونُ قابضًا إلاّ بالتّخْليةِ وإنْ أراه الموضِعَ وهو الصّحيحُ؛ لأنّ ذلك الموضِعَ بالتّعْيينِ (لم يصِرْ) (٥) في يَدِه فلا يصيرُ عَمَلُ الأجيرِ فيه (٦) مُسَلّمًا له، وإنْ كان ذلك في غيرِ ملكِ المُستَأجِرِ ويَدِه فعَمِلَ الأجيرُ بعضَه، والمُستَأجِرُ قَريبٌ من العامِلِ، فخَلّى الأجيرُ بينه وبينه، فقال المُستَأجِرُ: لا أقبضُه منكَ حتّى تفرغ، فلَه ذلك؛ لأنّ قدرَ ما عَمِلَ (لم يصِرْ) (٧) مُسَلّمًا إذا لم يكنْ في ملكِ المُستَأجِرِ ولا في يَدِه؛ لأنّه لا يُنْتَفَعُ ببعضِ عَمَلِه دونَ بعضٍ، فكان للمُستَأجِرِ أنْ يمتَنِعَ من التّسْليمِ حتّى يُتمّه.

---

(١) في المخطوط: «المحمول».

(٢) في المخطوط: «ما هو».

(٣) الساباط: سقيفة بين حائطين تحتها طريق. والجمع سوابيط. انظر: مختار الصحاح (ص ١٧٥).

(٤) في المخطوط: «والإتمام».

(٥) في المخطوط: «لا يصير».

(٦) في المخطوط: «منه».

(٧) في المخطوط: «لا يصير».

وَلو استأجَرَ لَبّانًا ليَضْرِبَ له لَبنًا في ملكِه أو فيما في يَدِه لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ حتّى يجفّ اللّبنُ ويَنْصِبَه في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسف ومحمد: حتّى يجفّ أو يَنْصِبَه ويَشْرُجَه، ولا خلافَ في أنّه إذا ضَربَه ولم يُقِمْه أنّه لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ؛ لأنّه ما لم يقلِبْه عن مَكانِه فهو أرضٌ. فلا يتناوَلُه اسمُ اللّبنِ، والخلافُ بينهم يرجعُ إلى أنّه: هل يصيرُ قابضًا له بالإقامةِ أو لا يصيرُ إلاّ بالتّشريجِ؟ فعلى قولِ أبي حنيفةَ يصيرُ قابضًا له بنفسِ الإقامةِ؛ لأنّ نفسَ الإقامةِ من تَمامِ هذا العمَلِ فيصيرُ اللّبنُ مُسَلّمًا إليه بها.

وعلى قولِهما: لا يصيرُ قابضًا ما لم يَشْرُجْ؛ لأنّ تَمامَ العمَلِ به حتّى لو هَلَكَ قبل النّصْب في قولِ أبي حنيفةَ وقبل التّشْريجِ في قولِهما فلا أجرَ له؛ لأنّه هَلَكَ قبل تَمامِ العمَلِ على اختلافِ الأصلَيْنِ، ولو هَلَكَ بعدَه فلَه الأجرُ؛ لأنّ العمَلَ قد تَمّ فصار مُسَلّمًا إليه لكَوْنِه في ملكِه أو في يَدِه، فهَلاكُه بعدَ ذلك لا يُسْقِطُ البدَلَ.

وجه قولِهما: أنّ الأمنَ عن الفسادِ يقعُ بالتّشريجِ؛ ولهذا جَرَتِ العادةُ بين النّاسِ أنّ اللّبّانَ هو الذي يَشْرُجُ ليُؤْمَنَ عليه الفسادَ، فكان ذلك من تَمامِ العمَلِ كإخراجِ الخُبْزِ من التّنّورِ.

ولأبي حنيفةَ أنّ المُسْتَأجِرَ له ضَرْبُ اللّبنِ، ولمّا جفّ ونصَبَه فقد وُجِدَ ما يَنْطَلِقُ عليه اسمُ اللّبنِ وهو في يَدِه أو في ملكِه فصار قابضًا له، فأمّا التّشريجُ فعَمَلٌ زائدٌ لم يُلْزَمْه العامِلُ؛ بمنزلةِ النّقْلِ من مَكان إلى مَكان، فلا يَلْزَمُه ذلك، وإنْ كان ذلك في غيرِ ملكِه ويَدِه لم [1] يَسْتَحِقّ الأُجْرةَ حتّى يُسَلِّمَه، وهو أنْ يُخَلّيَ الأجيرُ بين اللّبنِ وبين المُسْتَأجِرِ، لكنّ ذلك بعدَما نصَبَه عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما بعدَما شرَجَه.

وَرَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في رجلٍ استأجَرَ خبّازًا ليَخْبزَ له قَفيزًا من دَقيقٍ بدرهم، فخَبَزَ، فاحتَرَقَ الخُبْزُ في التّنورِ قبل أنْ يُخْرِجَه، أو ألْزَقَه في التّنّورِ ثُمّ أخذه ليُخْرِجَه فوَقَعَ من يَدِه في التّنّورِ فاحتَرَقَ، فلا أُجْرةَ له؛ لأنه هَلَكَ قبل تَمامِ العمَلِ؛ لأنّ عَمَلَ الخُبْزِ لا يَتمُّ إلاّ بالإخراجِ من التّنّورِ، فلم يكنْ [قبل] [2] الإخراجِ خُبْزٌ فصار كهَلاكِ اللّبنِ قبل أنْ يُتمّه.

---

(١) في المخطوط: «لا».
(٢) ليست في المخطوط.

قال: ولو أخرجَه من التّنّورِ ووَضَعَه وهو يَخبزُ في منزلِ المُسْتَأجِرِ فاحتَرَقَ من غيرِ جِنايَتِه فلَه الأجرُ، ولا ضَمانَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ. أمّا استِحْقاقُ الأجرِ (١) فلأنّه فرَغَ من العمَلِ بإخراجِ الخُبْزِ من التّنّورِ، وحَصَلَ مُسَلّمًا إلى المُسْتَأجِرِ لكَوْنِه في ملكِ المُسْتَأجِرِ.

وأمّا عَدَمُ وجوب الضّمانِ، فلأنّ الهَلاكَ من غيرِ صُنْعِ الأجيرِ المُشْتَرَكِ لا يتعلّقُ به الضّمانُ عندَه.

وأمّا على قولِ مَنْ يُضَمّنُ الأجيرَ المُشْترك فإنّه ضامِنٌ له دَقيقًا مثلَ الدّقيقِ الذي دفَعَه إليه، ولا أجرَ له، وإنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ الخُبْزِ مَخْبوزًا وأعطاه الأجرَ؛ لأنّ قَبْضَ الأجيرِ قَبْضٌ مَضْمونٌ عندَهما فلا يَبْرأُ عن الضّمانِ بوَضْعِه في منزلِ مالِكِه، وإنّما يَبْرأُ بالتّسْليم كالغاصِب إذا وجَبَ الضّمانُ عليه عندَهما، فصاحِبُ الدّقيقِ بالخيارِ إنْ شاء ضَمّنَه دَقيقًا وأسقَطَ الأجرَ؛ لأنّه لم يُسَلِّم إليه العمَلَ، وإنْ شاء ضَمّنَه خُبْزًا فصار العمَلُ مُسَلّمًا إليه، فوَجَبَ الأجرُ عليه.

قال: ولا أُضَمِّنُه القصَبَ ولا المِلْحَ؛ لأنّ ذلك صار مُسْتَهْلَكًا قبل وجوب الضّمانِ عليه، وحين وجَبَ الضّمانُ عليه لا قيمةَ له؛ لأنّ القصَبَ صار رَمادًا والمِلْحَ صار ماءً.

وكذلك الخيّاطُ الذي يَخيطُ له في منزلِه قَميصًا، فإنْ خاطَ له بعضَه لم يكنْ له أُجْرَتُه (٢)؛ لأنّ هذا العمَلَ لا يُنْتَفَعُ ببعضِه دونَ بعضِه (٣) فلا تَلْزَمُ الأُجْرةُ إلاّ بتَمامِه، فإذا فرَغَ منه ثُمّ هَلَكَ فلَه الأُجْرةُ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ العمَلَ حَصَلَ مُسَلّمًا إليه لحُصولِه في ملكِه.

وأما على قولهما: فالعيْنُ مَضْمونةٌ فلا يَبْرأُ [٢/ ٢٣٦ ب] عن ضَمانِها إلاّ بتَسْليمِها إلى مالِكِها، فإنْ هَلَكَ الثّوبُ فإنْ شاء ضَمّنَه قيمَتَه صَحيحًا ولا أجرَ له، وإنْ شاء ضَمّنَه قيمَتَه مَخيطًا وله الأجرُ؛ لما بيّنّا.

ولو استَأجَرَ حَمّالاً ليَحمِلَ له دَنًّا من السّوقِ إلى منزلِه فحَمَلَه حتّى إذا بَلَغَ بابَ دَرْب الذي استَأجَرَه كسَرَه [إنسانٌ] (٤)، فلا ضَمانَ على الحامِلِ في قولِ أبي حنيفةَ، وله

---

(١) في المخطوط: «الأجرة».
(٢) في المخطوط: «أجر».
(٣) في المخطوط: «بعض».
(٤) ليست في المخطوط.

الأجرُ، وهو على ما ذَكَرْنا أنّ العمَلَ إذا لم يكنْ له أثَرٌ ظاهرٌ في العيْنِ كما وقَعَ يَحْصُلُ مُسَلّمًا إلى المُسْتَأجِرِ.

وذَكَرَ ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في رجلٍ دَفَعَ ثَوْبًا إلى خَيّاطٍ يَخيطُه بدرهم، فمضى، فخاطَه، ثُمّ جاءَ رجلٌ ففَتَقَه قبل أنْ يقبضَه رَبُّ الثّوب فلا أجرَ للخَيّاطِ؛ لأنّ المنافِعَ هَلَكَتْ قبل التّسْليمِ فسَقطَ بَدَلُها [قال] [١]: ولا أُجبِرُ الخيّاطَ على أنْ يُعيدَ العمَلَ؛ لأنّه لَمّا فرَغَ من العمَلِ فقد انتَهَى العقدُ، فلا يَلْزَمُه العمَلُ ثانيًا، وإنْ كان الخيّاطُ هو الذي فتَقَ الثّوبَ عليه [٢] أنْ يُعيدَه؛ لأنّه لَمّا فتَقَه فقد فسَخَ المنافِعَ التي عَمِلَها، فكأنّه لم يعمل رأسًا، وإذا فتَقَه الأجنَبيُّ فقد أتْلَفَ المنافِعَ بدَليلِ أنّه يجبُ عليه الضّمانُ.

وقالوا في الملاّح: إذا حَمَلَ الطّعامَ إلى موضِعٍ فرَدّ السّفينةَ إنسانٌ فلا أجرَ للمَلاّحِ، وليس عليه أنْ يُعيدَ السّفينةَ، فإنْ كان الملاّحُ هو الذي رَدّها لَزِمَه إعادةُ الحمْلِ إلى الموضِعِ الذي شُرِطَ عليه لما قُلْنا، وإنْ كان الموضِعُ الذي رَجَعَتْ إليه السّفينةُ لا يقدِرُ رَبُّ الطّعامِ على قَبْضِه فعلى الملاّحِ أنْ يُسَلّمَه في موضِعٍ يقدِرُ رَبُّ الطّعامِ على قَبْضِه، ويكونُ له أجرُ مثلِه فيما سارَ في هذا المسير؛ لأنّا لو جوّزْنا للمَلاّحِ تَسْليمَه في مَكان لا يُنْتَفَعُ به لَتَلِفَ المالُ على صاحِبه، ولو كلّفْناه حَمْلَه بالأجرِ إلى أقرَب المواضِعِ التي يُمْكِنُ القبْضُ فيه فقد راعَيْنا الحقّيْنِ.

وقالوا: ولو اكتَرَى بَغْلاً إلى موضِعٍ يَرْكَبُه فلَمّا سارَ إلى بعضِ الطّريقِ جَمَحَ به فرَدّه إلى موضِعِه الذي خرج منه فعليه الكِراءُ بقدرِ ما سارَ؛ لأنّه استَوْفَى ذلك القدرَ من المنافِعِ فلا يَسْقُطُ عنه الضّمانُ.

وقال في الجامِعِ الصّغيرِ عن أبي حنيفةَ في رجلٍ استَأجَرَ رجلاً يَذْهَبُ إلى البصْرةِ فيَجيءُ بعيالِه فذَهَبَ فوَجَدَ فُلانًا من العيال قد مات فجاءَ بمَنْ بقيَ قال: له من الأجرِ [٣] بحِسابه.

وعن أبي حنيفةَ في رجلٍ استَأجَرَ رجلاً يَذْهَبُ بكِتابه إلى البصْرةِ إلى فُلانٍ ويَجيءُ بجَوابه، فذَهَبَ، فوَجَدَ فُلانًا قد مات، فرَدّ الكِتابَ (قال: لا) [٤] أجرَ له، وهو قولُ أبي

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فعليه».
(٣) في المخطوط: «الأجرة».
(٤) في المطبوع: «فلا».

يوسُفَ، وقال محمّدٌ: له الأجرُ في الذّهاب.

أمّا في المسألةِ الأولى: فلأنّ مقصودَه حَمْلُ العيالِ، فإذا حَمَلَ بعضَهم دونَ بعضٍ كان له من الأجرِ بحِساب ما حَمَلَ [١].

وأمّا في [٢] الثانيةِ: فوَجْه قولِ محمّدٍ أنّ الأجرَ مُقابَلٌ بقَطْعِ المسافةِ لا بحَمْلِ الكِتاب؛ لأنّه لا حَمْلَ له ولا مُؤْنةَ، وقَطْعُ المسافةِ في الذّهاب وقَعَ على الوجه المأمورِ به فيَسْتَحِقُّ حِصّتَه من الأجرِ، وفي العوْدِ لم يقعْ على الوجه المأمورِ به فلا يجبُ به شيءٌ.

ولهما: أنّ المقصودَ من حَمْلِ الكِتاب إيصالُه إلى فُلانٍ ولم يوجدْ فلا يجبُ شيءٌ، على أنّ المقصودَ وإنْ كان نَقْلَ الكِتاب لكنّه إذا رَدّه فقد نَقَضَ تلك المنافِعَ فبَطَلَ الأجرُ، كما لو استأجَرَه ليَحمِلَ له طعامًا إلى البصْرةِ إلى فُلانٍ فحَمَلَه فوَجَدَه قد مات فرَدّه أنّه لا أجرَ له؛ لما قُلْنا، كذا هذا.

وللمُسْتَأجِرِ في إجارةِ الدّارِ وغيرِها من العقارِ أنْ يَنْتَفِعَ بها كيْفَ شاء بالسُّكنَى، ووَضْعِ المتاعِ، وأنْ يَسْكُنَ بنفسِه، وبغيرِه، وأنْ يُسْكِنَ غيرَه بالإجارةِ والإعارةِ، إلاّ أنّه ليس له أنْ يَجْعَلَ فيها حَدّادًا، ولا قَصّارًا، ونحوَ ذلك مِمّا يوهِنُ البناءَ لما بيّنّا فيما تَقَدّمَ. ولو أجّرَها المُسْتَأجِرُ بأكثَرَ من الأُجرةِ الأولى؛ فإنْ كانتِ الثّانيةُ من خلافِ جِنْسِ الأولى طابَتْ له الزّيادةُ، وإنْ كانت من جِنْسِ الأولى لا تَطيبُ له حتّى يَزيدَ في الدّارِ زيادةً من بناءٍ أو حَفْرٍ أو تطيينٍ أو تَجْصيصٍ. فإنْ لم يَزِدْ فيه شيئًا فلا خَيْرَ في الفضْلِ ويتصَدّقُ به، لكنْ تجوزُ الإجارةُ.

أمّا جوازُ الإجارةِ: فلا شَكّ فيه؛ لأنّ الزّيادةَ في عقدٍ لا تُعْتَبَرُ فيه المُساواةُ بين البدَلِ والمُبْدَلِ لا تمنَعُ صحّةَ العقدِ؛ وههنا كذلك، فيصحُّ العقدُ.

وأمّا التّصدّقُ بالفضلِ: إذا كانتِ الأُجرةُ الثّانيةُ من جِنْسِ الأولى فلأنّ الفضلَ رِبْحُ ما لم يُضْمَنْ؛ لأنّ المنافِعَ لا تدخلُ في ضَمانِ المُسْتَأجِرِ، بدَليلِ أنّه لو هَلَكَ المُسْتَأجَرُ فصار بحيثُ لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به كان الهَلاكُ على المُؤاجِرِ، وكذا لو غَصَبَه غاصِبٌ فكانتِ الزّيادةُ رِبْحَ ما لم يُضْمَنْ، و[قد] [٣] نَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن ذلك [٤]، فإنْ كان هناك

---

(١) في المخطوط: «عمله».
(٢) في المخطوط: «المسألة».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) أخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم (١٢٣٤)، والنسائي

زيادةٌ كان الرِّبْحُ في مُقابَلةِ الزِّيادةِ، فيَخْرُجُ من أنْ يكونَ [٢/ ٢٣٧ أ] رِبْحًا، ولو كنَسَ البيتَ فلا يُعْتَبَرُ ذلك؛ لأنّه ليس بزيادةٍ، فلا تَطيبُ به زيادةُ الأجرِ.

وكذا في إجارةِ الدّابّةِ إذا زادَ في الدّابّةِ جوالِقَ أو لجامًا أو ما أشبَهَ ذلك يَطيبُ له الفضْلُ؛ لما بيّنّا [(١)]، فإنَّ (أعلفها لا تطيب له الأجرة) [(٢)]؛ لأنّ الأُجْرةَ لا يصيرُ [(٣)] شيءٌ منها مُقابَلًا بالعلَفِ، فلا يَطيبُ له الفضْلُ.

ولو استأجَرَ دابّةً ليَرْكَبَها ليس له أنْ يُرْكِبَ غيرَه، وإنْ فعَلَ ضَمِنَ، وكذا إذا استأجَرَ ثَوْبًا ليَلْبَسَه ليس له أنْ يُلْبسَه غيرَه، وإنْ فعَلَ ضَمِنَ؛ لأنّ النّاسَ مُتَفاوِتونَ في الرُّكوب واللُّبْسِ، [(٤)][فإنْ أعطاه غيرَه فلَبسَه ذلك اليومَ ضَمِنَه إنْ أصابَه شيءٌ؛ لأنّه غاصِبٌ في إلْباسِه غيرَه، وإنْ لم يُصِبْه شيءٌ فلا أجرَ له؛ لأنّ المعقودَ عليه ما يصيرُ مُسْتَوْفيًا بلُبْسِه، فما يكونُ مُسْتَوْفًى بلُبْسِ غيرِه لا يكونُ معقودًا عليه، واستيفاءُ غيرِ المعقودِ عليه لا يوجِبُ اليدَ.

ألا يُرَى أنّه لو استأجَرَ ثَوْبًا بعيْنِه ثُمّ غَصَبَ منه ثَوْبًا آخَرَ فلَبسَه لم يَلْزَمْه الأجرُ، فكذلك إذا ألبَسَ ذلك الثّوبَ غيرَه؛ لأنّ تعيينَ اللاّبسِ كتعيينِ الملبوسِ، فإنْ قِيلَ: هو قد تَمَكّنَ من استيفاءِ المعقودِ عليه وذلك لا يَكفي لوجوب الأجرِ عليه كما لو وضَعَه في بيتِه ولم يَلْبَسْه، قُلْنا: تَمَكُّنُه من الاستيفاءِ باعتِبارِ يَدِه، فإذا وضَعَه في بيتِه فيَدُه عليه مُعْتَبَرةٌ؛ ولهذا لو هَلَكَ لم يَضْمَنْ، فأمّا إذا ألبَسَه غيرَه فيَدُه عليه مُعْتَبَرةٌ حُكمًا.

ألا تَرَى أنّه ضامِنٌ، وإنْ هَلَكَ من غيرِ اللُّبْسِ فإنّ يَدَ اللاّبسِ عليه مُعْتَبَرةٌ حتّى يكونَ لصاحِبه أنْ يُضَمِّنَ غيرَ اللاّبسِ، ولا يكونُ إلاّ بطريقِ تَفْويتِ يَدِه حُكمًا فلهذا لا يُلْزِمُه الأُجْرةَ وإنْ سَلِمَ، وإنْ كان استأجَرَه ليُلْبَسَ يومًا إلى الليلِ ولم يُسَمِّ مَنْ يَلْبَسُه فالعقدُ فاسِدٌ لجَهالةِ المعقودِ عليه، فإنّ اللُّبْسَ يختلِفُ باختلافِ اللاّبسِ وباختلافِ الملبوسِ.

وكَما أنّ تَرْكَ التّعْيينِ في الملبوسِ عندَ العقدِ يُفْسِدُ العقدَ فكذلك تَرْكُ تعيينِ اللاّبسِ، وهذه جَهالةٌ تُفْضي إلى المُنازَعةِ؛ لأنّ صاحِبَ الثّوب يُطالبُه بإلْباسِ أرفَقِ النّاسِ في

(٤٦٣٠، ٤٦٣١)، وابن ماجه (٢١٨٨)، وأحمد (٦٥٩١، ٦٦٣٣، ٦٨٧٩)، والدارمي (٢٥٦٠) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(١) في المخطوط: «قلنا».
(٢) في المطبوع: «عَلَفَها لا يَطيبُ له».
(٣) في المخطوط: «يعتبر».
(٤) بداية سقط من المخطوط.

اللُّبْسِ، وصيانةِ الملبوسِ، وهو يأبَى أنْ يُلْبسَ إلاّ أحْسَنَ النّاسِ في ذلك، ويَحْتَجُّ كُلُّ واحدٍ منهما بمُطْلَقِ التّسْميةِ، ولا تَصحُّ التّسْميةُ مع فسادِ العقدِ، وإنِ اختَصَما فيه قبل اللُّبْسِ فسَدَتِ الإجارةُ، وإنْ لَبِسَه هو وأعطاه غيرَه فلَبسَه إلى الليلِ فهو جائزٌ، وعليه الأجرُ استِحْسانًا، والقياسُ: عليه أجرُ المثلِ.

وكذلك لو استَأجَرَ دابّةً للرُّكوب ولم يُبيِّنْ مَنْ يَرْكَبُها، أو للعَمَلِ ولم يُسَمِّ مَنْ يعملُ عليها، فعَمِلَ عليها إلى الليلِ فعليه المُسَمّى استِحْسانًا.

وفي القياسِ: عليه أجرُ المثلِ؛ لأنّه استَوْفَى المنفَعةَ بحُكمِ عقدٍ فاسِدٍ، ووجوبُ المُسَمّى باعتِبارِ صحّةِ التّسْميةِ، ولا تَصحُّ التّسْميةُ مع فسادِ العقدِ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ المُفْسِدَ وهو الجهالةُ التي تُفْضي إلى المُنازَعةِ قد زالَ، وبانعِدامِ العِلّةِ المُفْسِدةِ يَنْعَدِمُ الفسادُ، وهذا لأنّ الجهالةَ في المعقودِ عليه، وعقدُ الإجارةِ في حقِّ المعقودِ عليه كالمُضافِ، وإنّما يتجَدّدُ انعِقادُها عندَ الاستيفاءِ، ولا جَهالةَ عندَ ذلك، ووجوبُ الأجرِ عندَ ذلك أيضًا فلهذا أوجَبنا المُسَمّى وجَعَلْنا التّعْيينَ في الانتِهاءِ كالتّعْيينِ في الابتِداءِ، ولا ضَمانَ عليه إنْ ضاعَ منه؛ لأنّه غيرُ مُخالِفٍ سَواءٌ لَبسَ بنفسِه أو ألبَسَ غيرَه، بخلافِ الأوّلِ فقد عَيّنَ هناك لُبْسَه عندَ العقدِ فيصيرُ مُخالِفًا بإلْباسِ غيرِه.

وإذا استَأجَرَ قَميصًا ليَلْبَسَه يومًا إلى الليلِ فوَضَعَه في منزِلِه حتّى جاءَ الليلُ فعليه الأجرُ كامِلاً؛ لأنّ صاحِبَه مَكّنَه من استيفاءِ المعقودِ عليه بتَسْليمِ الثّوب إليه، وما زادَ على ذلك ليس في وُسْعِه، وليس له أنْ يَلْبَسَه بعدَ ذلك؛ لأنّ العقدَ انتَهَى بمُضيِّ المُدّةِ، والإذنِ في اللُّبْسِ كان بحُكمِ العقدِ] [1].

ولو استَأجَرَ دابّةً ليَرْكَبَها أو ثَوْبًا ليَلْبَسَه لا يجوزُ له أنْ يُؤاجِرَ غيرَه للرُّكوب [2] واللُّبْسِ لما قُلْنا، ولَو باعَ المُؤاجِرُ الدّارَ المُسْتَأجَرةَ بعدَ ما أجّرَها من غيرِ عُذْرٍ ذَكَرَ في الأصلِ أنّ البيعَ لا يجوزُ.

وذَكَرَ في بعضِ المواضِعِ: أنّ البيعَ موقوفٌ، وذَكَرَ في بعضِها أنّ البيعَ باطِلٌ، والتّوْفيقُ مُمْكِنٌ؛ لأنّ [في] [3] معنى قولِه: (لا يجوزُ) أي لا ينْفُذُ، وهذا لا يمْنَعُ التّوَقُّفَ. وقولُه:

---

(١) نهاية السقط المشار إليه آنفًا.
(٢) في المخطوط: «بالركوب».
(٣) ليست في المخطوط.

(باطِلٌ) أي ليس له حُكمٌ ظاهرٌ للحالِ، وهو تَفْسيرُ التَوَقُّفِ.

والصّحيحُ أنّه جائزٌ في حقِّ البائعِ والمُشْتَري، موقوفٌ في حقِّ المُسْتَأجِرِ، حتّى اذا انقضَتِ المُدّةُ يَلْزَمُ المُشْتَريَ البيعُ، وليس له أنْ يمْتَنِعَ من الأخذِ، وليس للبائعِ أنْ يأخُذَ المبيعَ من يَدِ المُسْتَأجِرِ من غيرِ إجازةِ البيعِ، فإنْ أجاز؛ جاز، وإنْ أبى؛ فللمُشْتَري أنْ يَفْسَخَ البيعَ، ومَتَى فُسِخَ لا يَعودُ جائزًا بعدَ انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ. وهل يملِكُ المُسْتَأجِرُ فسْخَ هذا البيعِ؟ ذَكَرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ أنّه لا يملِكُ الفسخَ، حتّى لو فسَخَ لا يَنْفَسِخُ حتّى إذا مَضَتْ [مُدّةُ] [1] الإجارةِ كان للمُشْتَري أنْ يأخُذَ الدّارَ.

ورَوَى الطّحاويُّ عن أبي حنيفةَ ومحمّدٍ أنّ له أنْ يَنْقُضَ البيعَ، وإذا نَقضَه لا يَعودُ جائزًا، . ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه ليس للمُسْتَأجِرِ نَقْضُ البيعِ، والإجارةُ كالعيب، فإنْ كان المُشْتَري عالِمًا بها وقتَ الشّراءِ وقَعَتِ الإجارةُ لازِمةً، وإنْ لم يكنْ عالِمًا بها وقتَ الشّراءِ فهو بالخيارِ: إنْ شاء نَقضَ البيعَ لأجلِ العيب وهو الإجارةُ، وإنْ شاء أمَضاه، وهذا كُلُّه مذهبُ أصحابنا، وقال الشّافعيُّ: البيعُ نافِذٌ من غيرِ إجازةِ المُسْتَأجِرِ.

وجه قولِه: أنّ البيعَ صادَفَ مَحِلّه؛ لأنّ الرّقَبةَ ملكُ المُؤاجِرِ، وإنّما حقُّ المُسْتَأجِرِ في المنفَعةِ، ومَحَلُّ البيعِ العيْنُ، ولا حقّ للمُسْتَأجِرِ فيها.

ولنَا: أنّ البائعَ غيرُ قادِرٍ على تَسْليمِه لتَعَلُّقِ حقِّ المُسْتَأجِرِ به، وحقُّ الإنسانِ يجبُ صيانَتُه عن الإبْطال ما أمكَنَ، وأمكَنَ ههنا بالتّوَقُّفِ في حقِّه، فقُلْنا بالجوازِ في حقِّ المُشْتَري، وبالتّوَقُّفِ في حقِّ المُسْتَأجِرِ صيانةً للحقّيْنِ ومُراعاةً [2] للجانِبينِ.

وعلى هذا إذا أجّرَ دارَه ثُمّ أقَرّ بها لإنسانٍ إنّ إقرارَه يَنْفُذُ في حقِّ نفسِه ولا يَنْفُذُ في حقِّ المُسْتَأجِرِ، بل يتوَقّفُ إلى أنْ تمضيَ مُدّةُ الإجارةِ، فإذا مَضَتْ نَفَذَ الإقرارُ في حقِّه أيضًا، فيُقْضَى بالدّارِ للمُقَرِّ له، وهذا بخلافِ ما إذا أجّرَ دارَه من إنسانٍ ثُمّ أجّرها من غيرِه إنّ الإجارةَ الثّانيةَ تكونُ موقوفةً على إجازةِ المُسْتَأجِرِ الأوّلِ، فإنْ أجازَها جازَتْ، وإنْ أبْطَلَها بَطَلَتْ، وههنا ليس للمُسْتَأجِرِ أنْ يُبْطِلَ البيعَ.

ووَجْه الفرقِ: أنّ عقدَ الإجارةِ يقعُ على المنفَعةِ إذْ هو تمليكُ المنفَعةِ، والمنافِعُ ملكُ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «رعاية».

المُسْتَأجِرِ الأوّلِ، فتجوزُ بإجازَتِه، وتَبْطُلُ بإبْطاله [١]، فأمّا الإقرارُ فإنّما يقعُ على العيْنِ، والعيْنُ ملكُ المُؤاجِرِ لكنْ للمُسْتَأجِرِ فيها حقٌّ، فإذا زالَ حقُّه (ينفذ، ثم) [٢] المُسْتَأجِرِ الأوّلِ إذا أجاز الإجارةَ الثّانيةَ حتّى نَفَذَتْ كانتِ الأُجْرةُ له لا لصاحِب الدّارِ، وفي البيعِ يكونُ الثّمَنُ لصاحِب الملكِ.

ووَجْه الفرقِ على نحوِ ما ذَكَرْنا؛ أن [٣] الإجارةَ ورَدَتْ [٤] على المنفَعةِ وأنّها ملكُ المُسْتَأجِرِ الأوّلِ، فإذا أجاز كان بَدَلُها له، فأمّا الثّمَنُ فإنّه بَدَلُ العيْنِ والعيْنُ ملكُ المُؤاجِرِ فكان بَدَلُها له، وبالإجارةِ لا يَنْفَسِخُ عقدُ المُسْتَأجِرِ الأوّلِ ما لم تمضِ مُدّةُ الإجارةِ الثّانيةِ، فإذا مَضَتْ فإنْ كانت مُدّتُهما واحدةً تَنْقضي المُدّتانِ جميعًا، وإنْ كانت مُدّةُ الثّانيةِ أقَلّ فللأوّلِ أنْ يَسْكُنَ [الدار] [٥] حتّى تَتمّ المُدّةُ.

وكذلك لو رَهَنَها المُؤاجِرُ قبل انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ أنّ العقدَ جائزٌ فيما بينه وبين المُرْتَهِنِ، موقوفٌ في حقّ المُسْتَأجِرِ لتَعَلُّقِ حقِّه بالمُسْتَأجَرِ، وله أنْ يَحْبسَ حتّى تَنْقضيَ مُدّتُه.

وعلى هذا بيعُ المرهونِ من الرّاهنِ أنّه جائزٌ بين [٦] البائعِ والمُشْتَري، موقوفٌ في حقِّ المُرْتَهِنِ، وله أنْ يَحْبسَه حتّى يَسْتَوْفيَ مالَه، فإذا افْتكّها الرّاهنُ يجبُ عليه تَسْليمُ الدّارِ إلى المُشْتَري كما في الإجارةِ، إلاّ أنّ ههنا إذا أجاز المُرْتَهِنُ البيعَ حتّى جاءَ وسَلّمَ الدّارَ إلى المُشْتَري فالثّمَنُ [كله] [٧] يكونُ [٢/ ٢٣٧ ب] رَهْنًا عندَ المُرْتَهِنِ قائمًا مقامَ الدّارِ؛ لأنّ حقّ حَبْسِ العيْنِ كان ثابتًا له ما دامَتْ في يَدِه، وبَدَلُ العيْنِ قائمٌ مقامَ العيْنِ فثبَتَ له حقُّ حَبْسِه.

وفَرّقَ القُدوريُّ بين الرّهْنِ والإجارةِ: فقال في الرّهْنِ: للمُرْتَهِنِ أنْ يُبْطِلَ البيعَ وليس للمُسْتَأجِرِ ذلك؛ لأنّ حقّ المُسْتَأجِرِ في المنفَعةِ لا في العيْنِ، فكان الفسخُ منه تَصرُّفًا في مَحَلِّ حقِّ الغيرِ فلا يملِكُه [٨]، وأمّا حقُّ المُرْتَهِنِ فتَعَلّقَ [٩] بغيرِ المرهونِ.

---

(١) في المخطوط: «ببطلانه».
(٢) في المطبوع: «بتقديم».
(٣) في المطبوع: «لأن».
(٤) في المخطوط: «وقعت».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «من».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «يُمْلَكُ».
(٩) في المخطوط: «فيتعلق».

ألا تَرَى أنّه يصيرُ به مُسْتَوْفيًا للدّيْنِ فكان الفسخُ منه تَصَرُّفًا في مَحَلِّ حقِّه فيملِكُ، واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

وللأجيرِ [(١)] أنْ يعملَ بنفسِه وأُجَرائه إذا لم يُشْتَرَطْ عليه في العقدِ أنْ يعملَ بيَدِه؛ لأنّ العقدَ وقَعَ على العمَلِ، والإنسانُ قد يعملُ بنفسِه وقد يعملُ بغيرِه؛ ولأنّ عَمَلَ أُجَرائه يقعُ له فيصيرُ كأنّه عَمِلَ بنفسِه، إلاّ إذا شرَطَ عليه عَمَلَه بنفسِه؛ لأنّ العقدَ وقَعَ على عَمَلٍ من شَخْصٍ مُعَيّنٍ، والتّعْيينُ مُفيدٌ؛ لأنّ العُمّالَ مُتَفاوِتونَ في العمَلِ فيتعَيّنُ فلا يجوزُ تَسْليمُها من شَخْصٍ آخَرَ من غيرِ رِضا المُسْتَأجِرِ، كمَنِ استَأجَرَ جَمَلاً بعَيْنِه للحَمْلِ لا يُجْبَرُ على أخذِ غيرِه.

ولو استَأجَرَ على الحمْلِ ولم يُعَيِّنْ جَمَلاً كان للمُكاري أنْ يُسَلِّمَ إليه أيّ جَمَلٍ شاء، كذا ههنا، وَتطيينُ الدّارِ، وإصْلاحُ ميزابِها، وما وهَى من بنائها على رَبِّ الدّارِ دونَ المُسْتَأجِرِ، لأنّ الدّارَ ملكُه وإصْلاحُ الملكِ على المالِكِ، لكنْ لا يُجْبَرُ على ذلك؛ لأنّ المالِكَ لا يُجبَرُ على إصْلاحِ ملكِه، وللمُسْتَأجِرِ أنْ يَخْرُجَ إنْ لم يعملِ المُؤاجِرُ ذلك؛ لأنّه عَيْبٌ بالمعقودِ عليه، والمالِكُ لا يُجْبَرُ على إزالةِ العيب عن ملكِه، لكنْ للمُسْتَأجِرِ أنْ لا يَرْضَى بالعيب حتّى لو كان استَأجَرَ وهي كذلك ورَآها فلا خيارَ له؛ لأنّه رَضِيَ بالمبيع المعيب، وإصْلاحُ دَلْوِ الماءِ والبالوعةِ والمخْرَجِ على رَبِّ الدّارِ ولا يُجْبَرُ على ذلك وإنْ كان امتَلأ من فعلِ المُسْتَأجِرِ لما قُلْنا.

وقالوا في المُسْتَأجِرِ إذا انقضَتْ مُدّةُ الإجارةِ وفي الدّارِ تُرابٌ من كنْسِه: فعليه أنْ يَرْفَعَه؛ لأنّه حَدَثَ بفعلِه فصار كتُرابٍ وضَعَه [فيها] [(٢)]، وإنِ [كان] [(٣)] امتَلأ خَلاها ومجراها من فعلِه فالقياسُ أنْ يكونَ عليه نَقْلُه؛ لأنّه حَدَثَ بفعلِه فيَلْزَمُه نَقْلُه، كالكُناسةِ، والرّمادِ، إلاّ أنّهم استَحْسَنوا وجَعَلوا نَقْلَ ذلك على صاحِب الدّارِ للعُرْفِ والعادةِ إذِ العادةُ بين النّاسِ أنّ ما كان مُغَيّبًا في الأرضِ فنَقْلُه على صاحِب الدّارِ، فحَمَلوا ذلك على العادةِ فإنْ أصلَحَ المُسْتَأجِرُ شيئًا من ذلك لم يُحْتَسَبْ له بما أنْفَقَ؛ لأنّه أصلَحَ ملكَ غيرِه بغيرِ أمرِه ولا وِلايةَ [له] [(٤)] عليه، فكان مُتَبَرِّعًا، وَقَبْضُ المُسْتَأجَرِ على المُؤاجِرِ، حتّى لو

---

(١) في المخطوط: «للآجر».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.

استَأْجَرَ دابّةً ليَرْكَبَها في حَوائجِه في المِصْرِ وقتًا معلومًا فمضى الوقتُ فليس عليه تَسْليمُها إلى صاحِبِها بأنْ يمْضيَ بها إليه.

وعلى الذي أجّرَها أنْ يقبضَ من منزلِ المُستَأجِرِ؛ لأنّ المُسْتَأجِرَ وإنِ انتفَعَ بالمُسْتَأجَرِ لكنّ هذه المنفَعةَ إنّما حَصَلَتْ له بعِوَضٍ حَصَلَ للمُؤْجِرِ فبقيَتِ العيْنُ أمانةً في يَدِه كالوديعةِ، ولهذا لا يَلْزَمُه نفقَتُها فلم يكنْ عليه رَدُّها كالوديعةِ، حتّى لو أمسَكَها أيّامًا فهَلَكَتْ في يَدِه لم يَضْمَنْ شيئًا سَواءٌ طَلَبَ منه المُؤاجِرُ أم لم يَطْلُبْ؛ لأنّه لم يَلْزَمْه الرّدُّ إلى بيتِه بعدَ الطّلَب، فلم يكنْ مُتَعَدّيًا في الإمساكِ فلا يَضْمَنُ؛ كالمودَعِ إذا امتَنَعَ عن رَدِّ الوديعةِ إلى بيتِ المودِعِ حتّى هَلَكَتْ، وهذا بخلافِ المُسْتَعارِ إنّ رَدّه على المُسْتَعيرِ؛ لأنّ نَفْعَه له على الخُلوصِ فكان رَدُّه عليه لقولِه ﷺ: «الخراجُ بالضّمانِ»[1]؛ ولهذا كانت نفقَتُه عليه، فكذا مُؤْنةُ الرّدِّ.

فإنْ كان استَأجَرَها من موضِعٍ مُسَمًّى في المِصْرِ ذاهبًا وجائيًا فإنّ على المُسْتَأجِرِ أنْ يأتيَ بها إلى ذلك الموضِعِ الذي قَبَضَها فيه، [لا][2] لأنّ الرّدّ واجِبٌ عليه بل لأجلِ المسافةِ التي تَناوَلَها العقدُ؛ لأنّ عقدَ الإجارةِ لا يَنْتَهي إلاّ برَدِّه إلى ذلك الموضِعِ، فإنْ حَمَلَها إلى منزلِه فأمسَكَها حتّى عَطِبَتْ ضَمِنَ قيمَتَها؛ لأنّه تَعَدّى في حَمْلِها إلى غيرِ موضِعِ العقدِ.

فإنْ قال المُستَأجِرُ: ارْكَبْها من هذا الموضِعِ إلى موضِعِ كذا وارْجِعْ إلى منزلي، فليس على المُسْتَأجِرِ رَدُّها إلى منزلِ المُؤاجِرِ؛ لأنّه لَمّا عادَ إلى منزلِه فقد انقضَتْ مُدّةُ الإجارةِ، فبقيَتْ أمانةً في يَدِه، ولم يتبرّعِ المالِكُ بالانتِفاعِ بها فلا يَلْزَمُ[3] رَدُّها كالوديعةِ، وَليس للظِّئْرِ أنْ تَأخُذَ صَبيًّا آخَرَ فتُرْضِعَه مع الأوّلِ، فإنْ أخذتْ صَبيًّا آخَرَ فأرضَعَتْه مع الأوّلِ فقد أساءَتْ وأثِمَتْ إنْ كانت قد أضرّتْ بالصّبيِّ، ولها الأجرُ على (الأوّلِ والآخِرِ)[4].

(١) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع والإجارات، باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، برقم (٣٥٠٨)، والترمذي، برقم (١٢٨٥)، والنسائي، برقم (٤٤٩٠)، وابن ماجه، برقم (٢٢٤٣)، وابن الجارود في «المنتقى» (ص١٥٩) برقم (٦٢٦)، والشافعي في «المسند» (ص١٨٩)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/ ٣٧٣) برقم (٢١١٨١)، وعبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ١٧٦) برقم (١٤٧٧٧)، وأحمد في المسند برقم (٢٤٢٧٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «يلزمه».

(٤) في المخطوط: «الأولين والآخرين».

أما الإثم فلأنّه قد استُحِقّ عليها كمالُ الرّضاعِ، ولمّا أرضَعَتْ صَبيّيْنِ [٢/ ٢٣٨ أ] فقد أضَرّتْ بأحدِهما لنُقْصانِ اللّبَنِ.

وأما استِحقاقُ الأجرةِ: فلأنّ الدّاخِلَ تحت العقدِ الإرضاعُ مُطْلَقًا وقد وُجِدَ. وللمُسْتَرْضِعِ أنْ يَسْتَأجِرَ ظِئْرًا أخرى [١] لقولِه - عَزّ وجَلّ -: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣]. نَفَى الجُناحَ عن المُسْتَرْضِعِ مُطْلَقًا، فإنْ أرضعَتْه الأخرى فلَها الأُجرةُ أيضًا، فإنِ استَأجَرَتِ الظِّئْرُ ظِئْرًا أُخرى فأرضَعَتْه أو دَفَعَتِ الصّبيّ إلى جاريَتِها فأرضَعَتْه فلَها الأجرُ استِحسانًا، والقياسُ أنْ لا يكونَ لها الأجرُ.

وجه القياسِ: أنّ العقدَ وقَعَ على عَمَلِها فلا تَسْتَحِقُّ الأجرَ بعَمَلِ غيرِها، كمَنِ استَأجَرَ أجيرًا ليعملَ بنفسِه فأمر غيرَه فعَمِلَ لم يَسْتَحِقّ الأُجرةَ، فكذا هذا.

وجه الاستِحسانِ: أنّ إرضاعَها قد يكونُ بنفسِها وقد يكونُ بغيرِه؛ لأنّ الإنسانَ تارةً يعملُ بنفسِه، وتارةً بغيرِه؛ ولأنّ الثّانيةَ لَمّا عَمِلَتْ بأمرِ الأولى وقَعَ عَمَلُها للأولى فصار كأنّها عَمِلَتْ بنفسِها؛ هذا إذا أُطْلِقَ، فأمّا إذا قُيِّدَ ذلك بنفسِها ليس لها أنْ تَسْتَرْضِعَ أُخرى؛ لأنّ العقدَ أوجَبَ الإرضاعَ بنفسِها.

فإنِ استَأجَرَتْ أُخرى فأرضَعَتْه لا تَسْتَحِقُّ الأجرَ كما قُلْنا في الإجارةِ على الأعمالِ، وليس للمُسْتَرْضِعِ أنْ يَحْبِسَ الظِّئْرَ في منزلِه إذا لم يشترِطْ ذلك عليها، ولها أنْ تأخُذَ الصّبيّ إلى منزلِها؛ لأنّ المكان لم يدخل تحت العقدِ، وليس على الظِّئْرِ (طعامُ الصّبيِّ ودَواؤُه) [٢]؛ لأنّ ذلك لم يدخل في [٣] العقدِ، وما ذَكَرَه في الأصلِ أنّ على الظِّئْرِ ما يُعالَجُ به الصِّبْيانُ من الرّيْحانِ والدُّهْنِ فذلك محمولٌ على العادةِ.

وَقد قالوا في تَوابعِ العُقودِ التي لا ذِكرَ لها في العُقودِ: إنّها تُحمَلُ على عادةِ كُلِّ بَلَدٍ، حتّى قالوا فيمَنِ استَأجَرَ رجلًا يَضْرِبُ له لَبنًا: إنّ الزّنْبيلَ والمِلْبَنَ على صاحِب اللّبِنِ، وهذا على عادَتِهم.

وقالوا فيمَنِ استَأجَرَ على حَفرِ قَبْرٍ: إنّ حَثْيَ التُّراب عليه إنْ كان أهلُ تلك البلادِ يتعامَلونَ به، وتَشْريحُ اللّبنِ على اللّبّانِ، وإخراجُ الخُبْزِ من التّنّورِ على الخبّازِ؛ لأنّ ذلك

---

(١) في المطبوع: «آخرَ».

(٢) في المخطوط: «ما يعالج به الصبيان».

(٣) في المخطوط: «تحت».

من تَمامِ العمَلِ.

وقالوا في الخياط: إنّ السُّلوكَ عليه؛ لأنّ عادَتَهم جرَتْ بذلك، وقالوا في الدّقيقِ الذي يُصْلِحُ به الحائكُ الثّوبَ إنّه على صاحِب الثّوب، فإنْ كان أهلُ بَلَدٍ تَعامَلوا بخلافِ [١] ذلك، فهو على ما يتعامَلونَ.

وقالوا في الطّبّاخِ إذا استَأجَرَ في عُرْسٍ: إنّ إخراجَ المرَقِ عليه ولو طَبَخَ قِدْرًا خاصّةً ففَرَغَ منها فلَه الأجرُ، وليس عليه من إخراجِ المرَقِ شيءٌ، وهو مبنيٌّ على العادةِ يختلِفُ باختلافِ العادةِ.

وقالوا: فيمَنْ تَكارَى دابّةً يَحمِلُ عليها حِنطةً إلى منزلِه فلَمّا انتَهَى إليه أرادَ صاحِبُ الحِنطةِ أنْ يَحمِلَ المُكاري ذلك فيُدْخِلَه منزلَه وأبَى المُكاري، قالوا: قال أبو حنيفةَ: عليه ما يفعلُه النّاسُ ويتعامَلونَ عليه وإنْ أرادَ أنْ يصْعَدَ بها إلى السّطْحِ والغرْفةِ فليس عليه ذلك إلاّ أنْ (يكونَ اشترطَه) [٢]، ولو كان حَمّالاً على ظَهْرِه فعليه إدْخالُ ذلك، وليس عليه أنْ يصْعَدَ به إلى عُلوِّ البيتِ إلاّ أنْ يشترِطَه، وإذا تَكارَى دابّةً فالإكافُ على صاحِب الدّابّةِ، فأمّا الحِبالُ والجوالِقُ فعلى ما تَعارَفَه أهلُ الصّنعةِ، وكذلك اللّجامُ [٣]. وأمّا السّرْجُ فعلى رَبِّ الدّابّةِ إلاّ أنْ تكونَ سُنّةُ البلَدِ بخلافِ ذلك فيكونُ على سُنّتِهم، وعلى هذا مسائلُ:

ولو التَقَطَ رجلٌ لَقيطًا فاستَأجَرَ له ظِئرًا فالأُجرةُ عليه وهو مُتَطَوِّعٌ في ذلك، أمّا لُزومُ الأُجرةِ إيّاه فلأنّه التزمَ ذلك فيَلْزَمُه، وأمّا كونُه مُتطَوِّعًا فيه فلأنّه لا وِلايةَ له على اللّقيطِ فلا يملِكُ إيجابَ الدّيْنِ في ذِمّتِه، ورَضاعُه على بيتِ المالِ؛ لأنّ ميراثَه لبيتِ المالِ.

وأمّا الثّاني: وهو الذي يرجعُ إلى صِفةِ المُسْتَأجَرِ والمُسْتَأجَرِ فيه فالكلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ صِفةِ المُسْتَأجَرِ والمُسْتَأجَرِ فيه.

والثّاني: في بيانِ ما يُغَيِّرُ تلك الصِّفةَ.

أمّا الأوّل: فنَقولُ وباللّه التّوفيقُ: لا خلافَ في أنّ المُسْتَأجَرَ أمانةٌ في يَدِ المُسْتَأجِرِ كالدّارِ، والدّابّةِ، وعبدِ الخدمةِ، ونحوِ ذلك، حتّى لو هَلَكَ في يَدِه بغيرِ صُنْعِه لا ضَمانَ

(١) في المخطوط: «على خلاف». (٢) في المخطوط: «يشترطه».
(٣) في المخطوط: «النجار».

عليه؛ لأنّ قَبْضَ الإجارةِ قَبْضٌ مأذونٌ فيه، فلا يكونُ مَضْمونًا كقَبْضِ الوديعةِ والعاريّةِ.
وسَواءٌ كانتِ الإجارةُ صَحيحةً أو فاسِدةً لما قُلْنا.

وأمّا المُسْتأجَرُ فيه كثَوْب القِصارةِ، [والصِّباغةِ][1]، والخياطةِ، والمتاعِ المحمولِ في السّفينةِ، أو على الدّابّةِ، أو على الجِمالِ، ونحوِ ذلك، فالأجيرُ لا يَخْلو إمّا (أنْ كان)[2] مُشْتَرَكًا، أو خاصًّا، وهو المُسَمّى أجيرُ الوحْدِ، فإنْ كان مُشْتَرَكًا فهو أمانةٌ في يَدِه، في قولِ أبي حنيفةَ [٢/ ٢٣٨ ب]، وزُفَرَ، والحسَنِ بنِ زيادٍ، وهو أحدُ قولي الشّافعيِّ حتى هلك في يده بغير صنعة لا يضمن، سواء هلك قبل العمل أو تعده وهو القياس.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو مَضْمونٌ عليه إلاّ [من][3] حَرَقٍ غالِبٍ أو غَرَقٍ غالِبٍ أو لُصوصٍ مُكابرينَ، ولو احترَقَ بيتُ الأجيرِ المُشْتَرَكِ بسِراجٍ؛ يَضْمَنُ الأجيرُ كذا رُوِيَ عن محمّدٍ؛ لأنّ هذا ليس بحَريقٍ غالِبٍ، وهو الذي يقدِرُ على استِدْراكِه لو عَلِمَ به؛ لأنّه لو عَلِمَ به لأطْفَأه فلم يكنْ موضِعَ العُذْرِ، وهو استِحْسانٌ، ثُمّ إنْ هَلَكَ قبل العمَلِ يَضْمَنُ قيمَتَه غيرَ معمولٍ ولا أجرَ له، وإنْ هَلَكَ بعدَ العمَلِ فصاحِبُه بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه قيمَتَه معمولاً، وأعطاه الأجرَ بحِسابه، وإنْ شاء ضَمّنَه قيمَتَه غيرَ معمولٍ ولا أجرَ له.

واحتَجّا بما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**على اليدِ ما أخذتْ حتى تَرُدّه**»[4]. وقد عَجَزَ عن رَدِّ عَيْنِه بالهَلاكِ فيجبُ رَدُّ قيمَتِه قائمًا مقامَه. ورُوِيَ أنّ عُمَرَ رضي الله عنه كان يُضَمِّنُ الأجيرَ المُشْترك احتياطًا لأموالِ النّاسِ، وهو المَعْنِيُّ في المسألةِ، وهو أنّ هؤلاء الأُجَراءَ الذينَ يُسَلّمُ المالُ إليهم من غيرِ شُهودٍ تُخافُ الخيانةُ منهم، فلو عَلِموا أنّهم لا يُضَمّنونَ؛ لهَلَكَتْ أموالُ النّاسِ؛ لأنّهم لا يعجِزونَ عن دَعْوَى الهَلاكِ، وهذا المعنى لا يوجدُ في الحرْقِ الغالِب، والغرَقِ الغالِب، والسّرَقِ الغالِب.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أن يكون».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، برقم (٣٥٦١)، والترمذي، برقم (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤١١) برقم (٥٧٨٣)، وابن ماجه، برقم (٢٤٠٠)، وابن الجارود في «المنتقى» (ص٢٥٦ برقم (١٠٢٤)، والدارمي، برقم (٢٥٩٦) من حديث سمرة بن جندب.
والحديث ضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه (ص١٨٦) برقم (٥٢٣)، والإرواء (١٥١٦)، وضعيف أبي داود (ص٣٥٠) برقم (٧٦١)، وضعيف الترمذي (ص١٤٩) برقم (٢١٧).

ولأبي حنيفةَ أنّ الأصلَ أنْ لا يجبَ الضّمانُ إلاّ على المُتَعَدّي لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة:١٩٣]، ولم يوجدِ التّعَدّي من الأجيرِ؛ لأنّه مأذونٌ في القبْضِ، والهَلاكُ ليس من صُنْعِه فلا يجبُ الضّمانُ عليه؛ ولهذا لا يجبُ الضّمانُ على المودِعِ، والحديثُ لا يتناوَلُ الإجارةَ؛ لأنّ الرّدّ في باب الإجارةِ لا يجبُ على المُسْتَأجِرِ فكان المُرادُ منه الإعارةُ والغصْبُ، وفعلُ عُمَرَ رضي الله عنه يُحْتَمَلُ أنّه كان في بعضِ الأُجَراءِ، وهو المُتّهَمُ بالخيانةِ، وبه نَقولُ ثُمّ عندَهما إنّما يجبُ الضّمانُ على الأجيرِ إذا هَلَكَ في يَدِه؛ لأنّ العيْنَ إنّما تدخلُ في الضّمانِ عندَهما بالقبْضِ كالعيْنِ المغْصوبةِ، فما لم يوجدِ القبْضُ لا يجبُ الضّمانُ، حتّى لو كان صاحِبُ المتاعِ معه راكِبًا في السّفينةِ أو راكِبًا على الدّابّةِ التي عليها الحِمْلُ فعَطِبَ الحِمْلُ من غيرِ صُنْعِ الأجيرِ لا ضَمانَ عليه؛ لأنّ المتاعَ في يَدِ صاحِبه.

وكذلك إذا كان صاحِبُ المتاعِ، والمُكاري راكِبينِ على الدّابّةِ أو سائقَيْنِ أو قائدَيْنِ؛ لأنّ المتاعَ في أيديهما، فلم يَنْفرِدِ الأجيرُ باليدِ، فلا يَلْزَمُه ضَمانُ اليدِ.

ورَوَى بشْرٌ عن أبي يوسُفَ أنّه إنْ سُرِقَ المتاعُ من رأسِ الحمّالِ، وصاحِبُ المتاعِ يمْشي معه لا ضَمانَ عليه؛ لأنّ المتاعَ لم يصِرْ في يَدِه، حيثُ لم يُخَلِّ صاحِبُ المتاعِ بينه وبين المتاعِ، وقالوا في الطّعامِ إذا كان في سَفينَتَيْنِ وصاحِبُه في إحداهما، وهما مقرونَتانِ أو غيرُ مقرونَتَيْنِ إلاّ أنّ سَيْرَهما جميعًا وحَبْسَهما جميعًا فلا ضَمانَ على الملاّحِ فيما هَلَكَ من يَدِه؛ لأنّه هَلَكَ في يَدِ صاحِبه، وكذلك القِطارُ إذا كان عليه حُمولةٌ، ورَبُّ الحُمولةِ على بَعيرٍ فلا ضَمانَ على الجمّالِ[1]؛ لأنّ المتاعَ في يَدِ صاحِبه؛ لأنّه هو الحافِظُ له.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ في رجلٍ استَأجَرَ حَمّالاً ليَحمِلَ عليه زِقًّا من سَمْنٍ فحَمَلَه صاحِبُ الزّقِّ والحمّالُ جميعًا ليَضَعاه على رأسِ الحمّالِ فانخَرَقَ الزّقُّ، وذَهَبَ ما فيه.

قال ابو يوسف: لا يَضْمَنُ الحمّالُ؛ لأنّه لم يُسَلّم إلى الحمّالِ بل هو في يَدِه.

قال: وإنْ حَمَلَه إلى بيتِ صاحِبه ثُمّ أنْزَلَه الحمّالُ من رأسِه وصاحِبُ الزّقِّ فوقَعَ من

(١) في المخطوط: «الحمال».

أيديهما فالحمّالُ ضامِنٌ، وهو قولُ محمّدٍ الأوّلُ، ثُمّ رَجَعَ وقال: لا ضَمانَ عليه.

لأبي يوسُفَ أنّ المحمول داخِلٌ في ضَمانِ الحِمالةِ بثُبوتِ يَدِه عليه فلا يَبْرأُ إلاّ بالتّسْليمِ إلى صاحِبه، فإذا أخطَئوا جميعًا فيَدُ الحمّالِ لم تَزُلْ فلا يَزولُ الضّمانُ.

ولِمحمّدٍ أنّ الشّيءَ قد وصَلَ إلى صاحِبه بإنْزالِه فخرج من أنْ يكونَ مَضمونًا، كما لو حَمَلاه ابتِداءً إلى رأسِ الحمّالِ فهَلَكَ.

ورَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ فيمَنْ دَفَعَ إلى رجلٍ مُصْحَفًا يعملُ فيه، ودَفَعَ الغِلافَ معه، أو دَفَعَ سَيْفًا إلى صَيْقَلٍ يصْقُلُه بأجرٍ، ودَفَعَ الجفْنَ معه فضاعا، قال محمّدٌ: يَضْمَنُ المُصْحَفَ، والغِلافَ، والسّيْفَ والجفْنَ؛ لأنّ المُصْحَفَ لا يَسْتَغْني عن الغِلافِ، والسّيْفَ لا يَسْتَغْني عن الجفْنِ، فصار كشيءٍ واحِدٍ، قال: فإنْ أعطاه مُصْحَفًا يعملُ له غِلافًا أو سِكّينًا يعملُ له نِصالاً فضاعَ المُصْحَفُ أو ضاعَ السِّكّينُ لم يَضْمَنْ؛ لأنّه لم يَسْتَأجِرْه على أنْ يعملَ فيهما بل في غيرِهما.

ولو اختلف الأجيرُ وصاحِبُ الثّوب فقال الأجيرُ: رَدَدْت، وأنْكَرَ صاحِبُه فالقولُ قولُ الأجيرِ في قولِ [٢/ ٢٣٩ أ] أبي حنيفةَ؛ لأنّه أمينٌ عندَه في القبْضِ، والقولُ قولُ الأمينِ مع اليمينِ، ولكنْ لا يُصَدّقُ في دَعْوَى الأجرِ.

وعندَهما: القولُ قولُ صاحِب الثّوب؛ لأنّ الثّوبَ قد دخلَ في ضَمانِه عندَهما فلا يُصَدّقُ على الرّدِّ إلاّ ببيِّنةٍ، وإنْ كان الأجيرُ خاصًّا فما في يَدِه يكونُ أمانةً في قولِهم جميعًا، حتّى لو هَلَكَ في يَدِه بغيرِ صُنْعِه لا يَضْمَنُ، أمّا على أصلِ أبي حنيفةَ فلأنّه لم يوجدْ منه صُنْعٌ يصْلُحُ سببًا لوجوب الضّمانِ؛ لأنّ القبْضَ حَصَلَ بإذنِ [١] المالِكِ.

وأمّا على أصلِهما: فلأنّ وجوبَ الضّمانِ في الأجيرِ المُشْتَرَكِ ثَبَتَ استِحْسانًا صيانةً لأموالِ النّاسِ، ولا حاجةَ إلى ذلك في الأجيرِ الخاصِ؛ لأنّ الغالِبَ أنّه يُسَلِّمُ نفسَه، ولا يتسَلّمُ المالَ فلا يُمْكِنُه الخيانةُ، واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

وأمّا الثّاني: وهو بيانُ ما يُغَيِّرُه من صِفةِ الأمانةِ إلى الضّمانِ فالمُغَيِّرُ له أشياءُ:

---

(١) في المخطوط: «بأمر».

منها: تَرْكُ الحِفْظِ؛ لأنّ الأجيرَ لَمّا قَبَضَ المُسْتَأجَرَ فيه فقد التزمَ حِفْظَه، وتَرْكُ الحِفْظِ المُلْتزمِ سببٌ لوجوب الضّمانِ، (كالمودَعِ إذا ترك) [١] حِفْظَ الوديعةِ حتّى ضاعَتْ على ما نَذْكُرُه في كِتاب الوديعةِ إنْ شاء اللّه تعالى.

ومنها: الإتْلافُ والإفسادُ إذا كان الأجيرُ مُتَعَدّيًا فيه. بأنْ تَعَمّدَ ذلك أو عَنُفَ في الدّقِّ، سَواءٌ كان مُشْتَرَكًا أو خاصًّا، وإنْ لم يكنْ مُتَعَدّيًا في الإفسادِ بأنْ أفْسَدَ الثّوبَ خَطَأً بعَمَلِه من غيرِ قَصْدِه فإنْ كان الأجيرُ خاصًّا لم [٢] يَضْمَنْ بالإجماعِ، وإنْ كان مُشْتَرَكًا كالقصّارِ إذا دَقّ الثّوبَ فتَخرّقَ، أو ألقاه في النّورةِ فاحتَرَقَ، أو الملاّحِ غَرِقَتِ السّفينةُ من عَمَلِه، ونحوِ ذلك فإنّه يَضْمَنُ في قولِ أصحابنا الثّلاثةِ [٣]، وقال زُفَرُ: لا يَضْمَنُ، وهو أحدُ قولي الشّافعيِّ [٤].

وجه قولِ زُفَرَ: أنّ الفسادَ حَصَلَ بعَمَلٍ مأذونٍ فيه فلا يجبُ الضّمانُ كالأجيرِ الخاصِّ، والمُعَيّنِ، والدّليلُ على أنّه حَصَلَ بعَمَلٍ مأذونٍ فيه أنّه حَصَلَ بالدّقِّ، والدّقُّ مأذونٌ فيه، ولئِنْ لم يكنْ مأذونًا فيه لكنْ لا يُمْكِنُه التّحَرُّزُ عن هذا النّوعِ من الفسادِ؛ لأنّه ليس في وُسْعِه الدّقُّ المُصْلِحُ فأشبَهَ الحجّامَ والبزّاغَ [٥]، ولئِنْ كان ذلك في وُسْعِه لكنّه لا يُمْكِنُه تَحْصيلُه إلاّ بحَرَجٍ، [والحرج] [٦] مَنْفيٌّ فكان مُلْحقًا بما ليس في الوُسْعِ.

ولنا: أنّ المأذونَ فيه الدّقُّ المُصْلِحُ لا المُفْسِدُ؛ لأنّ العاقِلَ لا يَرْضَى بإفسادِ مالِه، ولا يَلْتَزِمُ الأُجْرةَ بمُقابَلةِ ذلك فيتقَيّدُ الأمرُ بالمُصْلِحِ دَلالةً، وقولُه: (لا يُمْكِنُه التّحَرُّزُ عن الفسادِ) مَمْنوعٌ، بل في وُسْعِه ذلك بالاجتِهادِ في ذلك، وهو بَذْلُ المجهودِ (في النّظَرِ) [٧] في آلةِ الدّقِّ ومَحَلِّه، وإرسالِ المِدَقّةِ على المحَلِّ على قدرِ ما يحتملُه مع الحذاقةِ في

---

(١) في المخطوط: «كما إذا ترك المودع». (٢) في المخطوط: «لا».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (٩/ ١٢٢، ١٢٣)، البناية (٩/ ٣٧٩، ٣٨٠).

(٤) وفي بيان مذهب الشافعية: إذا كان المال في يد الأجير كالثوب ثم تلف فالأجير إما مشترك. كالذي يتقبل العمل في ذمته كما هي عادة الخياطين أو منفرد، كمن أجر نفسه مدة مقدرة لعمل، أما المشترك ففي ضمان ما تلف في يده بلا تعد ولا تقصير أمران: أصحهما: لا يضمن. وأما المنفرد: فلا يضمن على المذهب، هذا كله إذا لم يتعد الأجير. فإن تعدى؛ وجب عليه الضمان قطعًا. انظر: الوسيط (٤/ ١٨٨، ١٨٩)، روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨)، مغني المحتاج (٢/ ٣٥١، ٣٥٢)، نهاية المحتاج (٥/ ٣١٠، ٣١١).

(٥) البزاغ: الذي يستخدم المشرط ليسيل الدم. انظر: المعجم الوجيز (ص ٤٩) بتصرف.

(٦) ليست في المخطوط. (٧) في المخطوط: «بالنظر».

العمَلِ، والمهارةِ في الصّنْعةِ، وعندَ مُراعاةِ هذه الشّرائطِ لا يَحْصُلُ الفسادُ، فلَمّا حَصَلَ دَلّ أنّه قَصّرَ كما نَقولُ في الاجتِهادِ في أُمورِ الدّينِ، إلاّ أنّ الخطَأ في حُقوقِ العِبادِ ليس بعُذْرٍ حتّى يُؤاخذ الخاطِئ والنّاسي بالضّمانِ.

وقوله: لا يُمْكِنُه التّحَرُّزُ عن الفسادِ إلاّ بحَرَجٍ، مُسَلّمٌ؛ لكنّ الحرَجَ إنّما يُؤَثّرُ في حُقوقِ اللّه - عَزّ وجَلّ - بالإسقاطِ لا في حُقوقِ العِبادِ، وبهذا فارَقَ الحجّامَ والبزّاغَ؛ لأنّ السّلامةَ والسِّرايةَ هناك مبنيّةٌ على قوّةِ الطّبيعةِ، وضَعْفِها، ولا يوقَفُ على ذلك بالاجتِهادِ، فلم يكنْ في وُسْعِه الاحتِرازُ عن السِّرايةِ، فلا يتقَيّدُ العقدُ بشرطِ السّلامةِ.

وأمّا الأجيرُ الخاصُّ، فهناك وإنْ وقَعَ عَمَلُه إفسادًا حقيقةً إلاّ أنّ عَمَلَه يَلْتَحِقُ بالعدَمِ شرعًا؛ لأنه لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ بعَمَلِه بل بتَسْليمِ [1] نفسِه إليه في المُدّةِ، فكأنّه لم يعمل.

وعلى هذا الخلافِ الحمّالُ إذا زَلِقَتْ رجلُه في الطّريقِ أو عَثَرَ فسَقَطَ وفَسَدَ حِمْلُه، ولو زَحَمَه النّاسُ حتّى فسَدَ لم يَضْمَنْ بالإجماعِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه حِفْظُ نفسِه عن ذلك فكان بمعنى الحرْقِ الغالِب، والغرَقِ الغالِب، ولو كان الحمّالُ هو الذي زاحَمَ النّاسَ حتّى انكَسَرَ يَضْمَنُ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ.

وكذلك الرّاعي المُشْتَرَكِ إذا ساقَ الدّوابّ على المشرعة [2] فازْدَحَمْنَ على القنْطرةِ أو على الشّطّ فدَفَعَ بعضُها بعضًا فسَقَطَ في الماءِ فعَطِبَ، فعلى هذا الخلاف.

ولو تَلِفَتْ دابّةٌ بسَوْقِه أو ضَرْبه إيّاها فإنْ ساقَ سَوْقًا مُعْتادًا أو ضَرَبَ ضَرْبًا مُعْتادًا فعَطِبَتْ فهو على الاختلافِ، وإنْ ساقَ أو ضَرَبَ سَوْقًا وضَرْبًا بخلافِ العادةِ يَضْمَنُ بلا خلافٍ؛ لأنّ ذلك إتْلافٌ على طريقِ التّعَدّي، ثُمّ إذا تَخرّقَ الثّوبُ من عَمَلِ الأجيرِ حتّى ضَمِنَ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ؛ لأنّه ما أوفَى المنفَعةَ بَلِ المضَرّةَ؛ لأنّ إيفاءَ المنفَعةِ بالعمَلِ المُصْلِحِ دونَ المُفْسِدِ، وفي الحمّالِ إذا وجَبَ ضَمانُ المتاعِ المحمولِ فصاحِبُه بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه قيمَتَه في الموضِعِ الذي سَلّمَه إليه، وإنْ شاء في الموضِعِ الذي فسَدَ أو هَلَكَ، وأعطاه الأجرَ إلى ذلك [٢/ ٢٣٩ ب] الموضِعِ.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه لا خيارَ له بل يُضَمِّنُه قيمَتَه محمولاً في الموضِعِ الذي فسَدَ أو هَلَكَ، أمّا التّخْييرُ على أصلِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ فظاهرٌ؛ لأنه وُجِدَ جِهَتا الضّمانِ: القبْضُ

(١) في المخطوط: «بتسلم».

(٢) في المطبوع: «السُّرعةِ».

والإتْلافُ، فكان له أنْ يَضْمَنَه بالقَبْضِ يومَ القبْضِ، وله أنْ يَضْمَنَه بالإتْلافِ يومَ الإتْلافِ.

أمّا على أصلِ أبي حنيفةَ ففيه إشْكالٌ؛ لأنّ عندَه الضّمانُ يجبُ بالإتْلافِ لا بالقبْضِ فكان لوجوب الضّمانِ سببٌ واحدٌ، وهو الإتْلافُ، فيجبُ أنْ تُعْتَبَرَ قيمتهُ يومِ الإتْلافِ، ولا خيارَ له فيما يُرْوَى عنه.

والجوابُ عنه من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّه وُجِدَ ههنا سببانِ لوجوب الضّمانِ:

أحدُهما: الإتْلافُ.

والثاني: العقدُ؛ لأنّ الأجيرَ بالعقدِ السّابقِ التزمَ الوفاءَ بالمعقودِ عليه وذلك بالعمَلِ المُصْلِحِ وقد خالَفَ، والخلافُ من أسباب وجوب الضّمانِ، فثَبَتَ[1] له الخيارُ: إنْ شاء ضَمّنَه بالعقدِ، وإنْ شاء بالإتْلافِ.

والثاني: أنّه لَمّا لم يوجدْ منه إيفاءُ المنفَعةِ في القدرِ التّالِفِ فقد تَفَرّقَتْ عليه الصّفْقةُ في المنافِعِ فيَثْبُتُ له الخيارُ: إنْ شاء رَضِيَ بتَفْريقِها، وإنْ شاء فسَخَ العقدَ، ولا يكونُ ذلك إلاّ بالتّخْييرِ، ولو كان المُسْتَأجَرُ على حَمْلِه عَبيدًا صِغارًا أو كِبارًا فلا ضَمانَ على المُكاري فيما عَطِبَ من سَوْقِه، ولا قَوْدِه، ولا يَضْمَنُ بَنو آدَمَ من وجه الإجارةِ، ولا يُشْبه هذا المتاعَ؛ لأنّ ضَمانَ بَني آدَمَ ضَمانُ جِنايةٍ، وضَمانُ الجِنايةِ لا يجبُ بالعقدِ، دَلّتْ هذه المسألةُ على أنّ ما يَضْمَنُه الأجيرُ المُشْتَرَكُ يَضْمَنُه بالعقدِ لا بالإفسادِ والإتْلافِ؛ لأنّ ذلك يَسْتَوِي فيه المتاعُ والآدَميُّ، وأنّ وجوبَ الضّمانِ فيه بالخلافِ لا بالإتْلافِ.

وذَكَرَ بشْرٌ في نَوادِرِه عن أبي يوسُفَ في القصّارِ إذا استَعانَ بصاحِبِ الثّوب ليَدُقّ معه فتَخَرّقَ، ولا يُدْرَى من أيِّ الدّقِّ تَخَرّقَ وقد كان صَحيحًا قبل أنْ يَدُقّاه، قال: على القصّارِ نصفُ القيمةِ.

وقال ابنُ سماعةَ عن محمّدٍ: إنّ الضّمانَ كُلّه على القصّارِ حتّى يُعْلَمَ أنّه تَخَرّقَ من دَقّ صاحِبه أو من دَقِّهما، فمحمّدٌ مَرّ على أصلِهما أنّ الثّوبَ دخلَ في ضَمانِ القصّارِ بالقبْضِ بيَقينٍ فلا يَخْرُجُ عن ضَمانِه إلاّ بيَقينٍ مثلِه، وهو أنْ يُعْلَمَ أنّ التّخَرُّقَ حَصَلَ بفعلِ غيرِه.

---

(١) في المخطوط: «فيثبت».

ولأبي يوسُفَ أنّ الفسادَ احتَمَلَ أنْ يكونَ من فعلِ القصّارِ، واحتَمَلَ (أن كون) [١] من فعلِ صاحِب الثّوب، فيجبُ الضّمانُ على القصّارِ في حالٍ، ولا يجبُ في حالٍ فلَزِمَ اعتِبارُ الأحْوالِ فيه، فيجبُ نصفُ القيمةِ.

وقالوا: في تِلْميذِ الأجيرِ المُشْتَرَكِ إذا وطِئَ ثَوْبًا [٢] من القِصارةِ فخَرَقَه يَضْمَنُ؛ لأنّ وطْءَ الثّوب غيرُ مأذونٍ فيه ولو وقَعَ من يَدِه سِراجٌ فأحْرَقَ ثَوْبًا من القِصارةِ فالضّمانُ على الأُسْتاذِ، ولا ضَمانَ على التّلْميذِ؛ لأنّ الذّهابَ، والمجيءَ بالسِّراجِ عَمَلٌ مأذونٌ فيه فيَنْتَقِلُ عَمَلُه إلى الأُسْتاذِ كأنّه فعَلَه [٣] بنفسِه، فيجبُ الضّمانُ عليه.

ولو دَقّ [هذا] [٤] الغُلامُ [ثوبًا] [٥]، فانقَلَبَ الكوذين [٦] من [٧] يَدِه فخَرَقَ ثَوْبًا من القِصارةِ، فالضّمانُ على الأُسْتاذِ؛ لأنّ هذا من عَمَلِ القِصارةِ فكان مُضافًا إلى الأُسْتاذِ، فإنْ كان ثَوْبًا وديعةً عندَ الأُسْتاذِ فالضّمانُ على الغُلامِ؛ لأنّ عَمَلَه إنّما يُضافُ إلى الأُسْتاذِ فيما يملِكُ تَسْليطَه عليه واستعمالَه فيه، وهو إنّما يملِكُ ذلك في ثياب القِصارةِ لا في ثَوْب الوديعةِ، فبقيَ مُضافًا إليه، فيجبُ عليه الضّمانُ كالأجنَبيِّ، وكذلك لو وقَعَ من يَدِه سِراجٌ على ثَوْب الوديعةِ فأحْرَقَه فالضّمانُ على الغُلامِ لما قُلْنا.

وذَكَرَ في الأصلِ لو أنّ رجلاً دَعا قَوْمًا إلى منزِلِه فمَشَوْا على بساطِه فتَخَرّقَ لم يَضْمَنوا، وكذلك لو جَلَسوا على وِسادته؛ لأنّه مأذونٌ في المشْيِ على البساطِ والجُلوسِ على الوِسادةِ، فالمُتَوَلّدُ منه لا يكونُ مَضْمونًا، ولو وطِئوا آنيةً من الأواني ضَمِنوا؛ لأنّ هذا مِمّا لا يُؤْذَنُ في وطْئِه، فكذلك إذا وطِئوا ثَوْبًا لا يُبْسَطُ مثلُه، ولو قَلَبوا إناءً بأيديهم فانكَسَرَ لم يَضْمَنوا؛ لأنّ ذلك عَمَلٌ مأذونٌ فيه، ولو كان رجلٌ منهم مُقَلّدًا سَيْفًا فخَرَقَ السّيْفُ الوِسادةَ لم يَضْمَنْ؛ لأنّه مأذونٌ في الجُلوسِ على هذه الصِّفةِ، ولو جَفّفَ القصّارُ ثَوْبًا على حَبْلٍ في الطّريقِ فمَرّتْ عليه حَمولةٌ فخَرَقَتْه فلا ضَمانَ على القصّارِ، والضّمانُ على سائقِ الحمولةِ؛ لأنّ الجِنايةَ من السّائقِ؛ لأنّ المشْيَ في الطّريقِ مُقَيّدٌ [بشرط] [٨] بالسّلامةِ،

(١) في المطبوع: «أنّه».
(٢) في المخطوط: «على ثوب».
(٣) في المخطوط: «عمله».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) الكوذين: لفظ مولد، وهو عند أهل زماننا: عبارة عن الخشبة الثقيلة التي يدق بها الدقاق للثياب. انظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣/ ١٦١).
(٧) زاد في المطبوع: «غير».
(٨) زيادة من المخطوط.

فكان التّلَفُ مُضافًا إليه، فكان الضّمانُ عليه.

وَلو تَكارَى رجلٌ دابّةً ليَرْكَبَها فضَرَبَها فعَطِبَتْ أو كبَحَها باللّجام فعَطَبَها [١] ذلك فإنّه ضامِنٌ، إلاّ أنْ يأذَنَ له صاحِبُ الدّابّةِ في ذلك عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: نَسْتَحْسِنُ أنْ لا نُضَمِّنَه [٢] إذا لم يتعَدّ في الضّرْب المُعْتادَ والكبْحِ المُعْتادَ.

وجه قولِهما: أنّ [٢/ ٢٤٠ أ] ضَرْبَ الدّابّةِ وكَبْحَها مُعْتادٌ مُتعارَفٌ، والمُعْتادُ كالمشْروطِ، ولو شُرِطَ ذلك لا يَضْمَنُ، كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ أنّ كُلّ واحدٍ منهما من الضّرْب والكبْحِ غير مأذونٌ فيه؛ لأنّ العقدَ لا يوجِبُ الإذنَ بذلك لإمكانِ استيفاءِ المنافِعِ بدونِه، فصار كما لو كان ذلك من أجنَبيٍّ، على أنّا إنْ سَلّمْنا [٣] أنّه مأذونٌ فيه لكنه مُقَيّدٌ بشرطِ السّلامةِ؛ لأنّه يفعلُه لمَنْفَعةِ نفسِه مع كونِه مُخَيّرًا فيه فأشبَهَ ضَرْبَه لزوجَتِه، ودَعْوَى العُرْفِ في غيرِ الدّابّةِ الممْلوكةِ مَمْنوعةٌ، على أنّ كونَه مأذونًا فيه لا يمْنَعُ وجوبَ الضّمانِ إذا كان مقيدًا بشرطِ السّلامةِ على ما ذَكَرْنا، واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

ومنها: الخلافُ وهو سببٌ لوجوب الضّمانِ إذا وقَعَ غَصْبًا؛ لأنّ الغصْبَ سببٌ لوجوب الضّمانِ، وجملةُ الكلامِ فيه أنّ الخلافَ قد يكونُ في الجِنْسِ، وقد يكونُ في القدرِ، وقد يكونُ في الصِّفةِ، وقد يكونُ في المكانِ، وقد يكونُ في الزّمانِ. والخلافُ من هذه الوجوه قد يكونُ في استِئْجارِ الدّوابِّ، وقد يكونُ في استِئْجارِ الصُّنّاعِ كالحائكِ، والصّبّاغِ، والخيّاطِ خَلا المكانِ.

أمّا استِئْجارُ الدّوابِّ فالمُعْتبَرُ في الخلافِ [فيه] [٤] في الجِنْسِ والقدرِ والصِّفةِ في استِئْجارِ الدّوابِّ ضَرَرُ الدّابّةِ، فإنْ كان الخلافُ فيه في الجِنْسِ يُنْظَرُ: إنْ كان ضَرَرُ الدّابّةِ فيه بالخِفّةِ والثِّقَلِ يُعْتَبَرُ الخلافُ (فيه من) [٥] جِهةِ الخِفّةِ والثِّقَلِ، فإنْ كان الضّرَرُ في الثّاني أكثَرَ يَضْمَنُ كُلّ القيمةِ إذا عَطِبَتِ الدّابّةُ؛ لأنّه يصيرُ غاصِبًا لكُلِّها، وإنْ كان الضّرَرُ في الثّاني مثلَ الضّرَرِ في الأوّلِ أو أقَلّ لا يَضْمَنُ عندَنا؛ لأنّ الإذنَ بالشّيءِ إذنٌ بما هو مثلُه

---

(١) في المخطوط: «فأعطبها».
(٢) في المخطوط: «يضمنه».
(٣) في المخطوط: «قلنا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «في».

أو دونَه فكان مأذونًا بالانتِفاعِ به من هذه الجِهةِ دَلالةً ، فلا يَضْمَنُ وإنْ كان ضَرَرُ الدّابّةِ فيه لا من حيثُ الخِفّةُ والثِّقَلُ بل من وجهٍ آخَرَ لا يُعْتَبَرُ فيه الخلافُ من حيثُ الخِفّة ، والثِّقَلُ ، وإنّما يُعْتَبَرُ من ذلك الوجه ؛ لأنّ ضَرَرَ الدّابّةِ من ذلك الوجه ، وإنْ كان الخلافُ في القدرِ ، والضّرَرُ فيه من حيثُ الخِفّة والثِّقَلُ يُعْتَبَرُ الخلافُ في ذلك القدرِ ، ويجبُ الضّمانُ بقدرِه ؛ لأنّ الغصْبَ يتحقّقُ بذلك القدرِ ، وإنْ كان الضّرَرُ فيه من جِهةٍ أُخرى تُعْتَبَرُ تلك الجِهةُ في الضّمانِ لا الخِفّةُ والثِّقَلُ ، وإنْ كان الخلافُ في الصِّفةِ ، وضَرَرُ الدّابّةِ يَنْشَأُ منها يُعْتَبَرُ الخلافُ فيها ، ويُبْنَى الضّمانُ عليها .

وَبيانُ هذه الجملةِ في مسائلَ: إذا استَأجَرَ دابّةً ليَحمِلَ عليها عشرةَ مَخاتيمَ شَعيرًا فحَمَلَ عليها عشرةَ مَخاتيمَ حِنْطةٍ فعَطِبَتْ يَضْمَنُ قيمَتَها ؛ لأنّ الحِنْطةَ أثْقَلُ من الشّعيرِ وليست من جِنْسِه ، فلم يكنْ مأذونًا فيه أصلاً ، فصار غاصِبًا كُلّ الدّابّةِ مُتَعَدّيًا عليها فيَضْمَنُ كُلّ قيمَتِها ، ولا أجرَ عليه ؛ لأنّ الأجرَ مع الضّمانِ لا يَجْتَمِعانِ ؛ لأنّ وجوبَ الضّمانِ لصَيْرورَتِه غاصِبًا ، ولا أُجْرةَ على الغاصِب على أصلِنا ، ولأنّ المضْموناتِ [(١)] تُمْلَكُ على أصلِ أصحابنا ، وذا يمْنَعُ وجوبَ الأُجْرةِ عليه . ولو استَأجَرَها ليَحمِلَ عليها حِنْطةً فحَمَلَ عليها مَكيلاً آخَرَ ثِقَلُه كثِقَلِ الحِنْطةِ وضَرَرُه كضَرَرِها فعَطِبَتْ لا [(٢)] يَضْمَنُ .

وكذلك مَنِ استَأجَرَ أرضًا ليَزْرَعَ فيها نوعًا سَمّاه فزَرَعَ غيرَه وهما مُتَساويانِ في الضّرَرِ بالأرضِ ، وكذلك إنِ استَأجَرَها ليَحمِلَ عليها قَفيزًا [(٣)] من حِنْطةٍ فحَمَلَ عليها قَفيزًا [(٤)] من شَعيرٍ ، وكذا إذا استَأجَرَ أرضًا ليَزْرَعَ فيها نوعًا آخَرَ ضَرَرُه أقَلُّ من ضَرَرِ المُسَمّى ، وهذا كُلُّه استِحْسانٌ ، وهو قولُ أصحابنا الثّلاثةِ ، والقياسُ أنْ يَضْمَنَ ، وهو قولُ زُفَرَ ؛ لأنّ الخلافَ قد تَحقّقَ فتَحقّقَ الغصْبُ .

ولنا: أنّ الخلافَ إلى مثلِه أو إلى ما هو دونَه في الضّرَرِ لا يكونُ خلافًا معنًى ؛ لأنّ [رِضا] [(٥)] الثّانيَ إذا كان مثلَه في الضّرَرِ كان الرِّضا بالأوّلِ رِضًا بالثّاني ، وإذا كان دونَه في الضّرَرِ فإذا رَضِيَ بالأوّلِ كان بالثّاني أرضَى فصار كما لو استَأجَرَها ليَحمِلَ عليها حِنْطةَ نفسِه فحَمَلَ عليها حِنْطةَ غيرِه ، وهما مُتَساويانِ في الكيْلِ ، أو ليَحمِلَ عليها عشرةً فحَمَلَ

---

(١) في المخطوط : «المغصوبات» .
(٢) في المخطوط : «لم» .
(٣) في المخطوط : «قدرًا» .
(٤) في المخطوط : «قدرًا» .
(٥) ليست في المخطوط .

عليها تِسْعةً أنّه لا يصيرُ مُخالِفًا لما قلنا، كذا هذا.

ولو استأجَرها ليَحمِلَ عليها عشرةَ أقفِزةٍ حِنْطةً فحَمَلَ عليها أحدَ عشرَ فإنْ سَلِمَتْ فعليه ما سَمّى من الأُجْرةِ، ولا ضَمانَ عليه، وإنْ عَطِبَتْ ضَمِنَ جزءًا من أحدَ عشرَ جزءًا من قيمةِ الدّابّةِ، وهو قولُ عامّةِ العلماءِ [١].

وقال زُفرُ وابنُ أبي لَيْلى: يَضْمَنُ قيمةَ كُلِّ الدّابّةِ؛ لأنّ التّلَفَ حَصَلَ بالزّيادةِ فكانتِ الزّيادةُ عِلّةَ التّلَفِ.

ولنا: أنّ تَلَفَ الدّابّةِ حَصَلَ بالثِّقَلِ، والثِّقَلُ [٢] بعضُه مأذونٌ فيه، وبعضُه غيرُ مأذونٍ فيه، فيُقَسّمُ التّلَفُ أحدَ عشرَ جزءًا فيَضْمَنُ بقدرِ ذلك.

ونَظيرُ هذا [٢/ ٢٤٠ ب] ما قال أصحابُنا في حائطٍ بين شريكَيْنِ أثلاثًا مالَ إلى الطّريقِ فأُشْهِدَ على أحدِهما دونَ الآخرِ فسَقَطَ الحائطُ على رجلٍ فقتَلَه فعلى الذي أُشْهِدَ عليه قدرُ نصيبِه؛ لأنّه مات من ثِقَلِ الحائطِ، وثِقَلُ الحائطِ أثلاثٌ، كذا هذا، وعليه الأجرُ؛ لأنّه استَوْفَى المعقودَ عليه، وهو حَمْلُ عشرةِ مَخاتيمَ، وإنّما خالَفَ في الزّيادةِ، وأنّها استوْفيَتْ من غيرِ عقدٍ فلا أجرَ لها.

وكذا لو استأجَرَ سَفينةً ليَطْرَحَ فيها [٣] عشرةَ أكرارٍ فطرَحَ فيها أحدَ عشرَ فغرِقَتِ السّفينةُ أنّه يجبُ الضّمانُ بقدرِ الزّيادةِ عندَ عامّةِ العلماءِ، وعندَ زُفَرَ وابنِ أبي لَيْلى يَضْمَنُ قيمةَ كُلِّ السّفينةِ؛ لأنّ التّلَفَ حَصَلَ بسبب [٤] الزّيادةِ فهي عِلّةُ التّلَفِ.

الا تَرَى أنّه لو لم يَزِدْ لَما حَصَلَ التّلَفُ؟ والجوابُ أنّ هذا مَمْنوعٌ بَلِ التّلَفُ حَصَلَ بالكُلِّ، ألا تَرَى أنّ الكُرّ الزّائدَ لو انفرَدَ لَما حَصَلَ [به] [٥] التّلَفُ؟ فثَبَتَ أنّ التّلَفَ حَصَلَ بالكُلِّ، والبعضُ مأذونٌ فيه، والبعضُ غيرُ مأذونٍ فيه فما هَلَكَ بما هو مأذونٌ فيه لا ضَمانَ عليه فيه، وما هَلَكَ بما هو غيرُ مأذونٍ فيه ففيه الضّمانُ، وصار كمسألةِ الحائطِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٣/ ١٢٧٥).

ومذهب الشافعية: أن من استأجر دابة ليركبها، فكبحها بلجامها كما جرت به العادة فماتت فلا ضمان عليه. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٣٤٨).

ومذهب المالكية: أنه إذا اكترى دابة ليحمل عيها شيئًا فحمل عليها غيره فعطبت. فإن كان أضر بها ضمن قيمتها، وإن كان مثله أو دونه فلا ضمان عليه. انظر: المعونة (٢/ ٧٩٦).

(٢) في المطبوع: «والنقل».

(٣) في المخطوط: «عليها».

(٤) في المطبوع: «بقدرِ».

(٥) ليست في المخطوط.

وَلو استأجَرَ دابّةً ليَحمِلَ عليها مائةَ رِطْلٍ من قُطْنٍ، فحَمَلَ عليها مثلَ وزْنِه حَديدًا أو أقلَّ من وزنِه فعَطِبَتِ الدّابّةُ يَضْمَنُ قيمَتَها؛ لأنّ ضَرَرَ الدّابّةِ ههنا ليس للثِّقَلِ بل للانبساطِ والاجتماعِ؛ لأنّ القُطْنَ يَنْبَسِطُ على ظَهْرِ الدّابّةِ والحديدَ يَجْتَمِعُ في موضِعٍ واحدٍ، فيكونُ أنكَى لظَهْرِ الدّابّةِ وأعقر [لها]، فلم يكنْ مأذونًا فيه فصار غاصِبًا فيَضْمَنُ، ولا أُجرةَ عليه لما قُلْنا.

وكذلك إذا (استأجَرَها ليُحمِّلَها) [١] حِنْطةً فحَمَلَ عليها حَطَبًا أو خَشَبًا أو آجُرًّا أو حَديدًا أو حِجارةً أو نحوَ ذلك مِمّا يكونُ أنكَى لظَهْرِ الدّابّةِ أو [٢] أعقر له حتّى عَطِبَتْ يَضْمَنُ كُلّ القيمةِ، ولا أجرَ عليه لما قُلْنا.

وَلو استأجَرَها ليَرْكَبَها فحَمَلَ عليها، أو استأجَرَها ليَحمِلَ عليها فرَكِبَها [٣] حتّى عَطِبَتْ ضَمِنَ؛ لأنّ الجِنْسَ قد اختلف، وقد (يكونُ الضّرَرُ) [٤] في أحدِهما أكثَرَ، ولو استأجَرَها ليَرْكَبَها فأركَبَها مَنْ هو مثلُه في الثِّقَلِ أو أخفُّ [منه] [٥] ضَمِنَ؛ لأنّ الخلافَ ههنا ليس من جِهةِ الخِفّةِ والثِّقَلِ بل من حيثُ الحِزْقِ والعلم، فإنّ خَفيفَ البدَنِ إذا لم يُحْسِنِ الرُّكوبَ يَضُرُّ بالدّابّةِ، والثّقيلَ الذي يُحْسِنُ الرُّكوبَ لا يَضُرُّ بها، فإذا عَطِبَتْ عُلِمَ أنّ التّلَفَ حَصَلَ من حَذقِه بالرُّكوب فضَمِنَ [٦]، ولا أجرَ عليه لما قُلْنا.

وَلو (استأجَرَ دابّةً) [٧] ليَرْكَبَها بنفسِه فأركَبَ معه غيرَه فعَطِبَتْ فهو ضامِنٌ لنصفِ قيمَتِها، ولا يُعْتَبَرُ الثِّقَلُ ههنا؛ لأنّ تَلَفَ الدّابّةِ ليس من ثِقَلِ الرّاكِب بل من قِلّةِ معرفَتِه بالرُّكوب، فصار تَلَفُها برُكوبها بمنزلةِ تَلَفِها بجِراحَتِها، ورُكوبُ أحدِهما مأذونٌ فيه، ورُكوبُ الآخَرِ غيرُ مأذونٍ فيه فيَضْمَنُ نصفَ قيمَتِها، وصار كحائطٍ بين شريكَيْنِ أثْلاثًا، أُشْهِدَ على أحدِهما فوَقَعَتْ منه آجُرّةٌ، فقَتَلَتْ رجلاً فعلى الذي أُشْهِدَ عليه نصفُ دِيَتِه، وإنْ كان نصيبُه من الحائطِ أقَلّ من النِّصفِ؛ لأنّ التّلَفَ ما حَصَلَ بالثِّقَلِ بل بالجُرْحِ، والجِراحةُ اليسيرةُ كالكثيرةِ [٨] في حُكمِ الضّمانِ كمَنْ جَرَحَ إنسانًا جِراحةً، وجَرَحَه آخَرُ

(١) في المخطوط: «استأجر ليحمل عليها».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «فأركبها».
(٤) في المخطوط: «تكون القيمة».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «فيضمن».
(٧) في المخطوط: «استأجرها».
(٨) في المخطوط: «كالكبيرة».

جِراحَتَيْنِ فمات من ذلك كان الضّمانُ عليهما نصفَيْنِ، كذا ههنا، وعليه الأُجْرةُ؛ لأنّه استَوْفَى المعقودَ عليه، وزيادةً على ذلك، وهو إركابُ الغيرِ، غيرَ أنّ الزّيادةَ استوْفيَتْ من غيرِ عقدٍ فلا يجبُ بها الأجرُ.

هذا إذا كانتِ [الدّابّةُ تَطيقُ اثنَيْنِ فإنْ كانت لا تَطيقُهما فعليه جميعُ قيمَتِها؛ لأنّه أتْلَفَها بإركاب غيرِه.

وَلو استَأجَرَ حِمارًا بإكافٍ فنَزَعَه منه وأسرَجَه فعَطِبَ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنّ ضَرَرَ السّرْجِ أقَلُّ من ضَرَرِ الإكاف؛ لأنّه يأخُذُ من ظَهْرِ الدّابّةِ أقَلّ مِمّا يأخُذُ الإكافُ.

ولو استَأجَرَ حِمارًا بسَرْجٍ فنَزَعَ منه السّرْجَ، وأوكَفَه فعَطِبَ، ذَكَرَ في الأصلِ أنّه يَضْمَنُ قدرَ ما زادَ الإكافُ على السّرْجِ، ولم يَذْكُرِ الاختلافَ، وذَكَرَ في الجامِعِ الصّغيرِ أنّه يَضْمَنُ كُلّ القيمةِ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِهما يَضْمَنُ بحِساب الزّيادةِ.

وجه قولِهما: أنّ الإكافَ والسّرْجَ كُلٌّ واحدٍ منهما يُرْكَبُ به عادةً، وإنّما يختلِفانِ بالثِّقَلِ، والخِفّةِ؛ لأنّ الإكافَ أثْقَلُ فيَضْمَنُ بقدرِ الثِّقَلِ كما لو استَأجَرَه بسَرْجٍ فنَزَعَه وأسرَجَه بسَرْجٍ آخَرَ أثْقَلَ من الأوّلِ فعَطِبَ، أنّه يَضْمَنُ بقدرِ الزّيادةِ، كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ أنّ الإكافَ لا يُخالِفُ السّرْجَ في الثِّقَلِ، وإنّما يُخالِفُه من وجهٍ آخَرَ، وهو أنّه يأخُذُ من ظَهرِ الدّابّةِ أكثرَ مِمّا يأخُذُ السّرْجُ ولأنّ الدّابّةَ التي لم تَألَفِ الإكافَ يَضُرُّ بها الإكافُ، والخلافُ إذا لم يكنْ] [1] [٢/ ٢٤١ أ] للثِّقَلِ يجبُ به جميعُ الضّمانِ كما إذا حَمَلَ مَكان القُطْنِ الحديدَ، ونحوَ ذلك، بخلافِ ما إذا بَدّلَ السّرْجَ بسَرْجٍ آخر أثْقَلَ منه، أو الإكافُ بإكافٍ أثْقَلَ منه؛ لأنّ التّفاوُتَ هناك من ناحيةِ الثِّقَلِ فيَضْمَنُ بقدرِ الزّيادةِ كما في الزّيادةِ على المُقَدّراتِ (من جِنْسِها) [2] على ما مَرّ.

ولو استَأجَرَ حِمارًا عاريًا فأسرَجَه ثُمّ رَكِبه فعَطِبَ كان ضامِنًا؛ لأنّ السّرْجَ أثْقَلُ على الدّابّةِ، وقيلَ: هذا إذا استَأجَرَه ليَرْكَبَه في المِصْرِ، وهو من [3] غَرضِ النّاسِ مِمّنْ يَرْكَبُ في المِصْرِ بغيرِ سَرْجٍ، فأمّا إذا استَأجَرَه ليَرْكَبَه خارجَ المِصْرِ أو هو من ذَوي الهَيْئاتِ لا يَضْمَنُ؛ لأنّ الحِمارَ لا يُرْكَبُ من بَلَدٍ إلى بَلَدٍ بغيرِ سَرْجٍ، ولا إكافٍ، وكذا ذو الهَيْئةِ فكان

---

(١) بياض في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بجنسها».

(٣) في المخطوط: «ممن».

الإسراجُ مأذونًا فيه دَلالةً فلا يَضْمَنُ .

وإنِ استَأجَرَ حِمارًا بسَرْجٍ فأسرَجَه بغيرِه فإنْ كان سَرْجًا يُسْرج بمثلِه الحُمُرُ فلا ضَمانَ عليه، وإنْ كان لا يُسْرج بمثلِه الحُمُرُ فهو ضامِنٌ؛ لأنّ الثّانيَ إذا كان مِمّا يُسْرج بمثله الحُمُرُ [لا يتفاوَتانِ في الضَّرَرِ فكان الإذنُ بأحدِهما إذنًا بالآخَرِ دَلالةً، وإذا كان لا يُسْرج بمثلِه الحُمُرُ] بأنْ كان سَرْجًا كبيرًا كسُروجِ البراذينِ كان ضَرَرُه أكثَرَ، فكان ذلك إتْلافًا للدّابّةِ فيَضْمَنُ .

وكذلك إنْ لم يكنْ عليه لجامٌ فألجَمَه، فلا ضَمانَ عليه إذا كان مثلُه يُلْجَمُ بمثلِ ذلك اللِّجامِ، وكذلك إنْ أبْدَلَه؛ لأنّ الحِمارَ لا يَتْلَفُ بأصلِ اللِّجامِ، فإذا كان الحِمارُ قد يُلْجَمُ بمثلِه أو أبْدَلَه بمثلِه لم يوجدْ منه الإتْلافُ ولا الخلافُ، فلا يَضْمَنُ .

وَأمّا الخلافُ في المكانِ فنحوُ: أنْ يَسْتَأجِرَ دابّةً للرُّكوب أو للحَمْلِ [(١)] إلى مَكان معلومٍ فجاوَزَ ذلك المكان، وحُكمُه أنّه كما جاوَزَ المكان المعلومَ دخلَ المُسْتَأجَرُ في ضَمانِه حتّى لو عَطِبَ قبل العوْدِ إلى المكانِ المأذونِ فيه يَضْمَنُ كُلّ القيمةِ .

ولو عادَ إلى المكانِ المأذونِ فيه هل يَبْرأُ عن الضّمانِ؟ كان أبو حنيفةَ أوّلاً يقولُ: يَبْرأُ كالمودَعِ إذا خالَفَ ثُمّ عادَ إلى الوِفاقِ وهو قولُ زُفَرَ، وعيسَى بنِ أبانَ من أصحابنا، ثُمّ رَجَعَ، وقال: لا يَبْرأُ حتّى يُسَلِّمَها إلى صاحِبها سَليمةً وكذلك العاريّةُ بخلافِ الوديعةِ .

وجه قولِه الأوّلِ: أنّ الشّيءَ أمانةٌ في يَدِه ألا تَرَى أنّه لو هَلَكَ في يَدِه قبل الخلافِ لا ضَمانَ عليه؟ فكانت يَدُه يَدَ المالِكِ، فالهَلاكُ في يَدِه كالهَلاكِ في يَدِ المالِكِ، فأشبَهَ الوديعةَ؛ ولهذا لو هَلَكَ في يَدِه ثُمّ استُحِقّ بعدَ الهَلاكِ، وضَمِنَه المُسْتَحِقُّ يرجعُ [(٢)] على المُؤاجِرِ كالمودِعِ سَواءً، بخلافِ المُسْتَعيرِ فإنّه لا يرجعُ .

وَجهُ قولِه الآخرِ: أنّ يَدَ المُسْتَأجِرِ يَدُ نفسِه؛ لأنّه قَبَضَ الشّيءَ لمَنْفَعةِ نفسِه فكانت يَدُه يَدَ نفسِه لا يَدَ المُؤاجِرِ، وكذا يَدُ المُسْتَعيرِ لما قُلْنا، وإذا كانت يَدُه يَدَ نفسِه فإذا ضَمِنَ بالتَّعَدّي لا يَبْرأُ من ضَمانِه إلاّ بردِّه إلى صاحِبه؛ لأنّه لا تكونُ الإعادةُ إلى المكانِ المأذونِ فيه رَدًّا إلى يَدِ نائب المالِكِ، فلا يَبْرأُ من الضّمانِ، بخلافِ الوديعةِ؛ لأنّ يَدَ المودِعِ يَدُ المالِكِ لا يَدُ نفسِه .

---

(١) في المخطوط: «الحمل».

(٢) في المخطوط: «رجع».

ألا تَرَى أنّه لا يَنْتَفِعُ بالوديعةِ؟ فكان العوْدُ إلى الوِفاقِ رَدًّا إلى يَدِ نائب المالِكِ فكان رَدًّا إلى المالِكِ معنًى فهو الفرقُ.

وأمّا الرُّجوعُ على المُؤاجِرِ بالضّمانِ، فليس ذلك لكَوْنِ يَدِه يَدَ المُؤاجِرِ، بل لأنّه صار مَغْرورًا من جِهَتِه كالمُشْتَري إذا استُحِقّ المبيعُ من يَدِه أنّه يرجعُ على البائعِ بسببِ الغرورِ، كذا هذا.

ولو استأجَرَها ليَرْكَبَها إلى مَكانٍ عَيّنَه فرَكِبَها إلى مَكان آخرَ، يَضْمَنُ إذا هَلَكَتْ [١]، وإنْ كان الثّاني أقربَ من الأوّلِ؛ لأنّه صار مُخالِفًا لاختلافِ الطُّرُقِ إلى الأماكِنِ فكان بمنزلةِ اختلافِ الجِنْسِ، ولا أُجْرةَ عليه لما قُلْنا.

ولو رَكِبَها إلى ذلك المكانِ الذي عَيّنَه لكنْ من طريقٍ آخرَ يُنْظَرُ: إنْ كان النّاسُ يَسْلُكونَ ذلك الطّريقَ لا يَضْمَنُ؛ لأنّه لم يصِرْ مُخالِفًا، وإنْ كانوا لا يَسْلُكونَه يَضمَنُ إذا هَلَكَتْ لصَيْرورَتِه مُخالِفًا غاصِبًا بسُلوكِه، وإنْ لم تَهْلَك، وبَلَغَ الموضِعَ المعلومَ ثُمّ رَجَعَ، وسَلّمَ الدّابّةَ إلى صاحِبِها فعليه الأجر.

ولو استأجَرَها ليَرْكَبَها أو ليَحمِلَ عليها إلى مَكان معلومٍ فذَهَبَ بها، ولم يَرْكَبْها، ولم يَحمِلْ [عليها] [٢] شيئًا فعليه الأجرُ؛ لأنّه سَلّمَ المنافِعَ إليه بتَسْليمِ مَحَلِّها إلى المكانِ المعلومِ، فصار كما لو استأجَرَ دارًا ليَسْكُنَها فسَلّمَ المِفْتاحَ إليه فلم يَسْكُنْ حتّى مَضَتِ المُدّةُ أنّه يجبُ الأُجْرةُ لما قُلْنا، كذا هذا.

ولو أمسَكَ الدّابّةَ في الموضِعِ الذي استأجَرَها، [ولم يَذْهَبْ بها إلى الموضِعِ الذي استأجَرَها] إليه فإنْ أمسَكَها على قدرِ ما يُمْسِكُ النّاسُ إلى أنْ يَرْتَحِلَ فهَلَكت فلا ضَمانَ عليه؛ لأنّ حَبْسَ الدّابّةِ ذلك القدرِ مُسْتَثْنًى عادةً، فكان مأذونًا فيه [٢/ ٢٤١ ب] دَلالةً، وإنْ حَبَسَ مِقْدارَ ما لا يَحْبِسُ النّاسُ مثلَه يومَيْنِ أو ثلاثةً فعَطِبَ يَضْمَنُ؛ لأنّه خالَفَ في المكانِ بالإمساكِ الخارجِ عن العادةِ فصار [٣] غاصِبًا فيَضْمَنُ إذا هَلَكَ، ولا أُجْرةَ عليه لما قُلْنا.

---

(١) في المخطوط: «هلك».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فكان».

وإنْ لم تَهْلَك فأمسَكَها في بيتِه فلا أجرَ عليه لما مَرّ أنّ الأجرَ (بمُقابَلةِ تَسْليم) [١] الدّابّةِ في جميعِ الطّريقِ ولم يوجدْ، بخلافِ ما إذا استَأجَرَها عشرةَ أيّام ليَرْكَبَها فحَبَسَها، ولم يَرْكَبْها حتّى رَدّها يومَ العاشرِ أنّ عليه الأُجرةَ، ويَسَعُ لصاحِبها أنْ يأخُذَ الكِراءَ، وإنْ كان يعلَمُ أنّه لم يَرْكَبْها؛ لأنّ استِحْقاقَ الأُجْرةِ في الإجاراتِ [٢] على الوقتِ بالتّسْليمِ في الوقتِ، وقد وُجِدَ فتجبُ الأُجْرةُ كما في إجارةِ الدّارِ، ونحوِها بخلافِ الإجارةِ على المسافةِ فإنّ الاستِحْقاقَ هناك بالتّسْليم في جميعِ الطّريقِ، ولم [٣] يوجدْ فلا يجبُ.

وَأمّا الخلافُ في الزّمانِ؛ فنحوُ أنْ يَسْتَأجِرَ دابّةً ليَرْكَبَها، أو يَحمِلَ عليها مُدّةً معلومةً فانتَفَعَ بها زيادةً على المُدّةِ فعَطِبَتْ [الدابة] [٤] في يَدِه ضَمِنَ؛ لأنّه صار غاصِبًا بالانتِفاعِ بها فيما وراءَ المُدّةِ المذكورةِ.

وَأمّا استِئْجارُ الصُّنّاعِ من الحائكِ والخيّاطِ والصّبّاغِ، ونحوِهم. فالخلافُ إنْ كان في الجِنسِ بأنْ دَفَعَ ثَوْبًا إلى صَبّاغٍ ليصْبُغَه لونًا فصَبَغَه لونًا آخَرَ، فصاحِبُ الثّوب بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ ثَوْبٍ أبْيَضَ، وسَلّمَ [الثّوبَ] [٥] للأجيرِ، وإنْ شاء أخذ الثّوبَ، وأعطاه ما زادَ الصّبْغُ فيه إنْ كان الصّبْغُ مِمّا يَزيدُ.

أمّا خيارُ التّضْمينِ فلِفَواتِ غَرَضِه؛ لأنّ الأغْراضَ تختَلِفُ باختلافِ الألوانِ، فلَه أنْ يُضَمِّنَه قيمةَ ثَوْبٍ أبْيَضَ لتَفْويتِه عليه مَنْفَعةً مقصودةً، فصار مُتْلِفًا الثّوبَ عليه، فكان له أنْ يُضَمِّنَه، وإنْ شاء أخذ الثّوبَ؛ لأنّ الضّمانَ وجَبَ حقًّا له فلَه أنْ يُسْقِطَ حقّه، ولا أجرَ له؛ لأنّه لم يأتِ بما وقَعَ عليه العقدُ رأسًا حيثُ لم يوفِّ العمَلَ المأذونَ فيه أصلًا، فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ، كالغاصِب إذا صَبَغَ الثّوبَ المغْصوبَ، ويُعْطيه ما زادَ الصّبْغُ فيه إنْ كان الصّبْغُ مِمّا يَزيدُ كالحُمْرةِ والصُّفْرةِ ونحوِهما؛ لأنّه عَيْنُ مالٍ قائم بالثّوب فلا سبيلَ إلى أخذِه مَجّانًا بلا عِوَضٍ فيأخُذُه، ويُعْطيه ما زادَ الصّبْغُ فيه رِعايةً للحقّيْنِ ونَظَرًا (من الجانِبينِ) [٦] كالغاصِب.

وإنْ كان الصّبْغُ مِمّا لا يَزيدُ كالسّوادِ على أصلِ أبي حنيفةَ، فاختارَ أخذَ الثّوب لا يُعْطيه

---

(١) في المخطوط: «مقابلة بتسليم».
(٢) في المخطوط: «الإجارة».
(٣) في المخطوط: «فلم».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «للجانبين».

شيئًا بل يُضَمِّنُه نُقْصانَ الثّوب في قولِ أبي حنيفةَ، بناءً على أنّ السّوادَ لا قيمةَ له عندَه، فلا يَزِيدُ بل يَنْقُصُ، وعندَهما له قيمةٌ فكان حُكمُه حُكمَ سائرِ الألوانِ.

ولو استأجَرَ أرضًا ليَزْرَعَها حِنْطةً فزرَعَها رَطْبةً ضَمِنَ ما نَقَصَها؛ لأنّ الرّطْبةَ مع الزّرْعِ جِنْسانِ مُخْتَلِفانِ، إذِ الرّطْبةُ ليستْ لها نِهايةٌ معلومةٌ، بخلافِ الزّرْعِ، وكذا الرّطْبةُ تَضُرُّ بالأرضِ ما لا يَضُرُّها [(١)] الزّرْعُ، فصار بالاشتِغالِ بزِراعةِ الرّطْبةِ غاصِبًا إيّاها بل مُتْلِفًا، ولا أجرَ له؛ لأنّ الأجرَ مع الضّمانِ لا يَجْتَمِعانِ.

وقال هِشامٌ عن محمّدٍ في رجلٍ أمر إنسانًا أنْ يَنْقُشَ في فِضّةٍ اسمَه، فنَقَشَ اسمَ غيرِه أنّه يَضْمَنُ الخاتَمَ؛ لأنّه فوّتَ الغرَضَ المطْلوبَ من الخاتَمِ، وهو الخَتْمُ به، فصار كالمُتْلِفِ إيّاه، قال: وإذا أمر رجلاً أنْ يُحَمِّرَ له بيتًا فخَضّرَه، قال محمّدٌ: أُعْطيه ما زادَتِ الخُضْرةُ فيه، ولا أُجْرةَ له؛ لأنّه لم يعمل ما استأجَرَه عليه رأسًا فلا يَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ، ولكنْ يَسْتَحِقُّ قيمةَ [(٢)] الصِّبْغِ الذي زادَ في البيتِ لما مَرّ.

ولو دَفَعَ إلى خَيّاطٍ ثَوْبًا ليَخيطَه قَميصًا بدرهم فخاطَه قَباءً فإنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ الثّوب، وإنْ شاء أخذ القباءَ، وأعطاه أجرَ مثلِه لا يُجاوِزُ به ما سُمّيَ؛ لأنّ القباءَ، والقميصَ مُخْتَلِفانِ في الانتِفاعِ فصار مُفَوِّتًا مَنْفَعةً مقصودةً فصار مُتْلِفًا الثّوبَ عليه فلَه أنْ يُضَمِّنَه، وله أنْ يأخُذَه، ويُعْطِيَه أجرَ مثلِه لما قُلْنا.

وإذا كان الخلافُ في الصِّفةِ نحوَ أنْ دَفَعَ إلى صَبّاغٍ ثَوْبًا ليصْبُغَه بصِبْغٍ مُسَمًّى فصَبَغَه بصَبْغٍ آخَرَ لكنّه من جِنْسِ ذلك اللّوْنِ فلِصاحِبِ الثّوب أنْ يُضَمِّنَه قيمَتَه أبْيَضَ، ويُسَلِّمَ (إليه الثّوبَ) [(٣)]، وإنْ شاء أخذ الثّوبَ، وأعطاه أجرَ مثلِه لا يُجاوِزُ به ما سُمّيَ.

أمّا ثُبوتُ الخيارِ: فلِما ذَكَرْنا من [(٤)] الخلافِ في الجِنْسِ، وإنّما وجَبَ الأجرُ ههنا؛ لأنّ الخلافَ في الصِّفةِ لا يُخْرِجُ العمَلَ من أنْ يكونَ معقودًا عليه، فقد أتى بأصلِ المعقودِ عليه إلاّ أنّه لم يأتِ بوَصفِه، فمن حيثُ إنّه لم يأتِ بوَصفِه [(٥)] المأذونِ فيه لم يجبِ المُسَمّى، ومن حيثُ إنّه أتى بالأصلِ، وجَبَ أجرُ المثلِ، ولا يُجاوِزُ به المُسَمّى؛ لأنّ

---

(١) في المخطوط: «يضر».
(٢) في المخطوط: «فيه».
(٣) في المخطوط: «الثوب له».
(٤) في المخطوط: «في».
(٥) في المخطوط: «بالوصف».

هذا شَأنُ أجرِ المثلِ لما نَذْكُرُ إنْ شاء اللّه تعالى .

ورَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ فيمَنْ دَفَعَ إلى رجلٍ شَبَهًا ليَضْرِبَ له طَشْتًا موصوفًا معروفًا فضَرَبَ له كوزًا، قال: إنْ شاء ضَمّنَه مثلَ شَبَهِه [٢/ ٢٤٢ أ] ويصيرُ الكوزُ للعامِلِ، وإنْ شاء أخذَه وأعطاه أجرَ مثلِ عَمَلِه لا يُجاوِزُ به ما سُمّيَ؛ لأنّ العقدَ وقَعَ على الضّرْبِ والصِّناعةِ صِفةً، فقد فعَلَ المعقودَ عليه بأصلِه، وخالَفَ في وصفِه [١]، فيَثْبُتُ للمُسْتعمِلِ الخيارُ .

وعلى هذا إذا دَفَعَ إلى حائكٍ غَزْلاً ليَحوكَ له ثَوْبًا صَفيقًا، (فحاكَ له) [٢] ثَوْبًا رَقيقًا، أو شرَطَ عليه أنْ يَحوكَ له ثَوْبًا رَقيقًا فحاكَه صَفيقًا، أنّ صاحِبَ الغزْلِ [٣] بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه [مثل] [٤] غَزْلَه، وإنْ شاء أخذ الثّوبَ، وأعطاه (مثلَ أجرِ) [٥] عَمَلِه لا يُجاوِزُ [به] [٦] ما سُمّيَ .

وذَكَرَ في الأصلِ إذا دَفَعَ خُفّه إلى خَفّافٍ ليُنَعِّلَه فأنْعَلَه بنَعْلٍ لا يُنَعَّلُ بمثلِه الخفّافُ، فصاحِبُ الخُفِّ بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه خُفّه بغير نعل، وإنْ شاء أخذه، وأعطاه أجرَ مثلِه في عَمَلِه، وقيمةَ النّعْلِ، لا يُجاوِزُ به ما سُمّيَ، وإنْ كان يُنَعَّلُ بمثلِه الخفّافُ فهو جائزٌ، وإنْ لم يكنْ جَيِّدًا .

وأمّا ثُبوتُ الخيارِ: إذا أنْعَلَه بما لا يُنَعَّلُ بمثلِه الخفّافُ؛ فلأنّه لم يأتِ بالمأمورِ به رأسًا بل أتَى بالمأمورِ به ابتِداءً، فصار كالغاصِبِ إذا أنْعَلَ الخُفّ المغْصوبَ فكان للمالِكِ أنْ يُضَمِّنَه كالغاصِبِ، وله أنْ يأخُذَ الخُفّ؛ لأنّ وِلايةَ التّضْمينِ تَثْبُتُ لحقِّ المالِكِ، فإذا رَضِيَ بالأخذِ كان له ذلك، وإذا أخذ أعطاه أجرَ مثلِه؛ لأنّه مأذونٌ في العمَلِ، وقد أتَى بأصلِ العمَلِ، وإنّما خالَفَ في الصِّفةِ فلَه أنْ يَخْتارَه ويُعْطيَه أجرَ المثلِ، ولا يُعْطيَه المُسَمّى؛ لأنّ ذلك بمُقابَلةِ عَمَلٍ موصوفٍ ولم يأتِ بالصِّفةِ، ويُعْطيَه ما زادَ النّعْلَ؛ لأنه عَيْنُ مالٍ قائمٍ للخَفّافِ، فصار بمنزلةِ الصِّبْغِ في الثّوبِ، وإنّما جُعِلَ الخيارُ في هذه المسائلِ إلى صاحِبِ الخُفِّ والثّوبِ؛ لأنّه صاحِبُ مَتبوعٍ، والنّعْلُ والصِّبْغُ تَبَعٌ، فكان

---

(١) في المخطوط: «الصفة».
(٢) في المخطوط: «فحاكه».
(٣) في المخطوط: «الثوب».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «أجر مثل».
(٦) زيادة من المخطوط.

إثباتُ الخيارِ لصاحِب الأصلِ أَوْلَى، وإنْ كان يفعلُ بمثلِه الخفّافُ فهو جائزٌ، وإنْ لم يكنْ جَيِّدًا؛ لأنّ الإذنَ يتناوَلُ أدنى ما يقعُ عليه الاسمُ وقد وُجِدَ.

ولو شرَطَ عليه جَيِّدًا فأنْعَلَه بغيرِ جَيِّدٍ، فإنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ الخُفِّ، وإنْ شاء أخذ الخُفّ وأعطاه أجرَ مثلِ [(١)] عَمَلِه، وقيمةَ ما زادَ فيه، ولا يُجاوِزُ به ما سُمّيَ؛ لأنّ الرّديءَ من جِنْسِ الجيِّدِ، ويَثْبُتُ الخيارُ لفَواتِ الوصفِ المشْروطِ.

وَإنْ كان الخلافُ في القدرِ نحوَ ما ذَكَرَ محمد رحمه الله في الأصلِ في رجلٍ دَفَعَ غَزْلاً إلى حائكٍ يَنْسِجُه له سَبْعًا في أربعٍ [(٢)] فخالَفَ بالزّيادةِ أو بالنُّقْصانِ، فإنْ خالَفَ بالزّيادةِ على الأصلِ المذكورِ فإنّ الرّجُلَ بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه مثلَ غَزْلِه، وسَلّمَ الثّوبَ [له] [(٣)]، وإنْ شاء أخذ الثّوبَ، وأعطاه الأجرَ المُسَمّى.

أمّا ثُبوتُ الخيارِ فلأنّه لم يَحْصُلْ له غَرَضُه؛ لأنّ الزّيادةَ في قدرِ الذِّراعِ توجِبُ نُقْصانًا في الصِّفةِ، وهي الصّفاقةُ، فيَفوتُ غَرَضُه فيَثْبُتُ له الخيارُ، وإنْ شاء ضَمّنَه مثلَ غَزْلِه لتَعَدّيه [(٤)] عليه بتَفْويتِ مَنْفَعةٍ مقصودةٍ، وإنْ شاء أخذه وأعطاه الأجرَ الذي سَمّاه؛ لأنّه أتى بأصلِ العمَلِ الذي هو معقودٌ عليه، وإنّما خالَفَ في الصِّفةِ، والخلافُ في صِفةِ العمَلِ لا يُخْرِجُ العمَلَ من أنْ يكونَ معقودًا عليه، كمَنِ اشترى شيئًا فوَجَدَه مَعيبًا حتّى كان له أنْ يأخُذَه مع العيب، وإنْ كان الخلافُ في النُّقْصانِ ففيه رِوايَتانِ:

ذَكَرَ في الأصلِ أنّ له أنْ يأخُذَه ويُعْطيَه من الأجرِ بحِسابه، وذَكَرَ في رِوايةٍ أُخرى أنّ عليه أجرَ المثلِ.

وجه هذه الرواية: أنّه لَمّا نَقَصَ في القدرِ فقد فوّتَ الغرَضَ المطْلوبَ من الثّوب، فصار كأنّه عَمِلَ بحُكمِ إجارةٍ فاسِدةٍ ليس فيها أجرٌ مُسَمًّى.

وجه رِوايةِ الأصلِ: أنّ العقدَ وقَعَ على عَمَلٍ مُقَدّرٍ، ولم يأتِ بالمُقَدّرِ، [فصار] [(٥)] كما لو عَقَدَ على نَقْلِ كُرٍّ من طعامٍ إلى موضِعٍ كذا بدرهمٍ، فنَقَلَ بعضَه، أنّه يَسْتَحِقُّ من الأجرِ بحِسابه، فكذا ههنا.

---

(١) في المخطوط: «مثله في».
(٢) في المخطوط: «أربعة».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «بتعديه».
(٥) ليست في المخطوط.

وإنْ أوفاه الوصفَ، وهو الصّفاقةُ والذِّراعُ، وزادَ فيه فقد رَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ أنّ صاحِبَ الثّوب بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه مثلَ غَزْلِه، وصار الثّوبُ للصّانِعِ، وإنْ شاء أخذ الثّوبَ، وأعطاه المُسَمّى، ولا يَزيدُ للذِّراعِ الزّائدِ شيئًا، أمّا ثُبوتُ الخيارِ فلِتَغَيُّرِ الصِّفةِ إذِ الإنسانُ قد يَحْتاجُ إلى الثّوب القصيرِ، ولا يَحْتاجُ إلى الطّويلِ، فيَثْبُتُ له الخيارُ، ولأنّه إذا زادَ في طولِه فقد استَكثَرَ من الغزْلِ، فإنْ أخذه فلا أجرَ له في الزّيادةِ لأنّه متطوعٌ فيها حيثُ عَمِلَها بغيرِ إذنِ (صاحِب الثّوب) [١] فكان مُتَبَرِّعًا فلا يَسْتَحِقُّ الأجرَ عليها.

وذَكَرَ في الأصلِ: إذا أعطَى صَبّاغًا ثَوْبًا ليصْبُغَه بعُصفُرِ رُبُعِ الهاشِميِّ بدرهمٍ فصَبَغَه بقَفيزِ عُصفُرٍ، وأقَرّ رَبُّ الثّوب بذلك، فإنّ رَبّ الثّوب بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ ثَوْبه، وإنْ شاء أخذ الثّوبَ، وأعطاه ما زادَ العُصفُرُ فيه مع الأجرِ.

وذَكَرَ القُدوريُّ أنّ مَشايِخَنا ذَكَروا [فيه] [٢] تَفْصيلاً فقالوا: إنّ هذا على وجهَيْنِ:

إنْ كان صَبَغَه أوّلاً برُبُعِ الهاشِميِّ ثُمّ صَبَغَه بثلاثةِ أرباعِ القفيزِ [٢/ ٢٤٢ ب] فصاحِبُ الثّوب بالخيارِ: إنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ ثَوْبه وإنْ شاء أخذه، وأعطاه الأجرَ المُسَمّى، وما زادَ لثلاثةِ أرباعِ القفيزِ في الثّوب؛ لأنّه لَمّا أفْرَدَه بالصِّبْغِ المأذونِ فيه أوّلاً وهو رُبُعُ الهاشِميِّ فقد أوفاه [٣] المعقودَ عليه، وصار مُتَعَدّيًا بالصِّبْغِ الثّاني كأنّه غَصَبَ ثَوْبًا مَصْبوغًا [بعصفرٍ] [٤] بالرُّبُعِ ثُمّ صَبَغَه بثلاثةِ أرباعٍ فيَثْبُتُ له الخيارُ: إنْ شاء أخذ الثّوبَ، وأعطاه المُسَمّى؛ لأنّه سَلّمَ [له] [٥] الصِّبْغَ المعقودَ عليه فيَلْزَمُه المُسَمّى، ويُعْطيه ما زادَ الصِّبْغُ الثّاني فيه؛ لأنّه عَيْنُ مالٍ قائمةٌ [٦] للصّبّاغِ في الثّوب، وإنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ الثّوب مَصْبوغًا برُبُعِ القفيزِ، ووَجَبَ له الأجرُ؛ لأنّ الصِّبْغَ في حُكمِ المقبوضِ من وجهٍ؛ لحُصولِه في ثَوْبه لكنْ لم يُكمِلُ القبْضَ فيه؛ لأنّه لم يصِلْ إلى يَدِه فكان مقبوضًا من وجهٍ دونَ وجهٍ، فكان له فسْخُ القبْضِ لتغَيُّرِ الصِّفةِ المقصودةِ، وله أنْ يَضْمَنَه ويَضْمَنَ الأجرَ.

وإنْ كان صَبَغَه ابتِداءً بقَفيزٍ فلَه ما زادَ الصِّبْغُ ولا أجرَ له؛ لأنّه لم يوفِ بالعمَلِ المأذونِ فيه، فلم يعملِ المعقودَ عليه، فيصيرُ كأنّه غَصَبَ ثَوْبًا، وصَبَغَه بعُصفُرٍ.

---

(١) في المخطوط: «صاحبها».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «أوفى».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «قائم».

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ خلافَ ذلك، وهو أنّ له أنْ يأخُذَ الثّوبَ، ويَغْرَمَ الأجرَ، وما زادَ العُصفرُ فيه مُجْتَمِعًا كان أو مُتَفرِّقًا؛ لأنّ الصِّبْغَ لا يتشرّبُ في الثّوب دُفْعةً، واحدةً بل شيئًا فشيئًا فيَسْتَوي فيه الاجتماعُ والافْتِراقُ.

وَأمّا الإجارةُ الفاسِدةُ: وهي التي فاتَها شرطٌ من شُروطِ [١] الصّحّةِ، فحُكمُها الأصليُّ هو ثُبوتُ الملكِ للمُؤاجِرِ [٢] في أجرِ المثلِ لا في المُسَمّى بمُقابَلةِ استيفاءِ المنافِعِ المَمْلوكةِ ملكًا فاسِدًا؛ لأنّ المُؤاجِرَ لم يَرْضَ باستيفاءِ المنافِعِ إلاّ ببَدَلٍ. ولا وجهَ إلى إيجاب المُسَمّى لفَسادِ التّسْميةِ فيجبُ أجرُ المثلِ، ولأنّ الموجَبَ الأصليّ في عُقودِ المُعاوَضاتِ هو القيمةُ؛ لأنّ مبناها على المُعادَلةِ، والقيمةُ هي العدْلُ إلاّ أنّها مجهولةٌ؛ لأنّها تُعْرَفُ بالحزْرِ [٣] والظّنِّ، وتختَلِفُ باختلافِ المُقَوِّمينَ، فيُعْدَلُ منها إلى المُسَمّى عندَ صحّةِ التّسْميةِ، فإذا فسَدَتْ وجَبَ المصيرُ إلى الموجِب الأصليِّ، وهو أجرُ المثلِ ههنا؛ لأنّه قيمةُ المنافِعِ المُسْتَوْفاةِ، إلاّ أنّه لا يُزادُ على المُسَمّى في عقدٍ فيه تَسْميةٌ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ [٤].

وعندَ زُفَرَ يُزادُ، ويجبُ بالِغًا ما بَلَغَ، بناءً على أنّ المنافِعَ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ غيرُ مُتَقَوِّمةٍ شرعًا بأنْفُسِها، وإنّما تَتَقَوّمُ بالعقدِ بتقويمِ العاقِدَيْنِ، والعاقِدانِ ما قَوّماها إلاّ بالقدرِ المُسَمّى فلو وجَبَتِ الزّيادةُ على المُسَمّى لَوَجَبَتْ بلا عقدٍ، وإنّها لا تَتَقَوّمُ بلا عقدٍ، بخلافِ البيعِ الفاسِدِ، فإنّ المبيعَ بيعًا فاسِدًا مَضْمونٌ بقيمَتِه (بالِغًا ما بَلَغَ) [٥]؛ لأنّ الضّمانَ هناك بمُقابَلةِ العيْنِ، والأعيانُ مُتَقَوّمةٌ بأنْفُسِها فوَجَبَ كُلُّ قيمَتِها، وفي قولِ زُفَرَ - وبه أخذ الشّافعيُّ - هي مُتَقَوِّمةٌ بأنْفُسِها بمنزلةِ الأعيانِ فكانت مَضْمونةً بجميعِ قيمَتِها كالأعيانِ [٦] هذا إذا كان في العقدِ تَسْميةٌ.

فأمّا إذا لم يكنْ فيه تَسْميةٌ: فإنّه يجبُ أجرُ المثلِ بالِغًا ما بَلَغَ بالإجماعِ؛ لأنّه إذا لم

---

(١) في المخطوط: «شرائط». (٢) في المخطوط: «للمؤجر».
(٣) في المطبوع: «الحرز» وهو تصحيف مغير للمعنى.
(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٥/ ١٥١)، (١٦/ ٣٥).
(٥) في المخطوط: «بالغة ما بلغت».
(٦) مذهب الشافعية: إذا سلمها للمستأجر ولم يستعملها وكانت الإجارة فاسدة، عليه أجرة المثل وإن استوى المنافع له (المؤجر)، أجر المثل بالغًا ما بلغ. انظر: الأم: (٤/ ١٨).

يكنْ فيه تَسْميةُ، والآجر [١] لا يُرْضَى باستيفاءِ المنافِعِ (من غيرِ) [٢] بَدَلٍ، كان ذلك تمليكًا بالقيمةِ التي هي الموجَبُ الأصليُّ دَلالةً، فكان تقويمًا للمَنافِعِ بأجرِ المثلِ؛ إذْ هو قيمةُ المنافِعِ في الحقيقةِ، ولا يَثْبُتُ في هذه الإجارةِ شيءٌ من الأحْكامِ التي هي من التّوابعِ إلاّ ما يتعلّقُ بصِفةِ المُسْتَأجِرِ له فيه، وهي كونُه أمانةً في يَدِ المُسْتَأجِرِ حتّى لو هَلَكَ لا يَضْمَنُ المُسْتَأجِرُ لحُصولِ الهَلاكِ في قَبْضٍ مأذونٍ فيه من قِبَلِ المُؤاجِرِ.

وَأمّا الإجارةُ الباطِلةُ: وهي التي فاتَها شرطٌ من شرائطِ الانعِقادِ، فلا حُكمَ لها رأسًا؛ لأنّ ما لا يَنْعَقِدُ فوجودُه في حقِّ الحُكمِ وعَدَمُه بمنزلةٍ واحدةٍ، وهو تَفْسيرُ الباطِلِ من التّصرُّفاتِ الشّرعيّةِ كالبيعِ ونحوِه، واللّه أعلَمُ.

فصل [في حكم اختلاف العاقدين]

وأمّا حُكمُ اختلافِ العاقِدَيْنِ في عقدِ الإجارةِ: فإنِ اختَلَفا في مِقْدارِ البدَلِ أو المُبْدَلِ، والإجارةُ وقَعَتْ صَحيحةً، يُنْظَرُ إنْ كان اختلافُهما قبل استيفاءِ المنافِعِ تَحالَفا لقولِ النّبيِّ ﷺ: «إذا اختلف المُتَبايِعانِ تحالَفا وترَادّا» [٣]، والإجارةُ نوعُ بيعٍ فيتناوَلُها الحديثُ.

والرِّوايةُ الأُخرى: وهي قولُه: «والسِّلْعةُ قائمةٌ بعَينِها» [٤] يتناوَلُ بعضَ أنواعِ الإجارةِ. وهو ما إذا باعَ عَيْنًا بمَنْفَعةٍ، واختَلَفا فيها، وإذا ثَبَتَ التّحالُفُ في نوعٍ بالحديثِ، ثَبَتَ في الأنواعِ كُلِّها بنَتيجةِ الإجماعِ؛ لأنّ أحدًا لا يَفْصِلُ بينهما، ولأنّ التّحالُفَ قبل استيفاءِ المنفَعةِ موافِقٌ الأُصول [٥]؛ لأنّ اليمينَ في أُصولِ الشّرعِ على المُنْكِرِ، وكُلُّ واحدٍ منهما مُنْكِرٌ من وجهٍ ومُدّعٍ من وجهٍ؛ لأنّ المُؤاجِرَ يَدّعي على المُسْتَأجِرِ زيادةَ الأُجْرةِ، والمُسْتَأجِرُ مُنْكِرٌ، والمُسْتَأجِرُ يَدّعي على المُؤاجِرِ وجوبَ [٢/ ٢٤٣ أ] تَسْليمِ المُسْتَأجَرِ بما يَدّعي من الأُجْرةِ، والمُؤاجِرُ يُنْكِرُ، فكان كُلُّ واحدٍ منهما مُنْكِرًا من وجهٍ، واليمينُ وظيفةُ المُنْكِرِ في أُصولِ الشّرعِ. ولهذا جَرَى التّحالُفُ قبل القبْضِ (في بيعُ العيْنِ) [٦]، والتّحالُفُ ههنا قبل القبْضِ؛ لأنّهما اختَلَفا قبل استيفاءِ المنفَعةِ، ثُمّ إنْ كان الاختلافُ في

---

(١) في المطبوع: «الأجر». (٢) في المخطوط: «بغير».
(٣) لا أصل له، انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٣١).
(٤) انظر: نصب الراية (٤/ ١٠٥)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٧٧).
(٥) في المخطوط: «للأصول». (٦) في المطبوع: «فبيع العين».

قدرِ البدَلِ يُبْدَأُ بيمينِ المُسْتَأجِرِ؛ لأنّه مُنْكِرٌ وجوبَ الأُجْرةِ الزّائدةِ، وإنْ كان في قدرِ المُبْدَلِ يُبْدَأُ بيمينِ المُؤاجِرِ؛ لأنّه مُنْكِرٌ وجوبَ تَسْليمِ زيادةِ المنفَعةِ.

وإذا تَحالَفا تُفْسَخُ [الإجارةُ] [1]، وأيُّهما نَكَلَ لَزِمَه دَعْوَى صاحِبه، لأنّ النُّكول بَذْلٌ [2] أو إقرارٌ، والبدَلَ والمُبْدَلَ كُلٌّ واحدٍ منهما يحتملُ البذْلَ والإقرارَ، وأيُّهما أقامَ البيِّنةَ يُقْضَى ببيِّنَتِه؛ لأنّ الدّعوى لا تُقابلُ الحُجّةَ.

وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ؛ فإنْ كان الاختلافُ في البدَلِ فبيِّنةُ المُؤاجِرِ أولى؛ لأنّها تُثْبتُ زيادةَ الأُجْرةِ، وإنْ كان الاختلافُ في المُبْدَلِ فبيِّنةُ المُسْتَأجِرِ أولى؛ لأنّها تُثْبتُ زيادةَ المنفَعةِ، فإنِ ادّعَى المُؤاجِرُ فضْلاً فيما يَسْتَحِقُّه [3] من الأجرِ، وادّعَى المُسْتَأجِرُ فضْلاً فيما يَسْتَحِقُّ من المنفَعةِ بأنْ قال المُؤاجِرُ: أجَّرْتُك هذه الدّابّةَ إلى القصْرِ بعشرةٍ، وقال المُسْتَأجِرُ: إلى الكوفةِ بخمسةٍ، أو قال المُؤاجِرُ: أجّرْتُكَ شهرًا بعشرةٍ، وقال المُسْتَأجِرُ: لشهرَيْنِ بخمسةٍ، فالأمرُ في التّحالُفِ والنُّكولِ وإقامةِ أحدِهما البيِّنةَ على ما ذَكَرْنا.

ولو أقاما جميعًا البيِّنةَ، قُبلَتْ بيِّنةُ كُلِّ واحدٍ منهما على الفعلِ الذي يَسْتَحِقُّه بعقدِ الإجارةِ، فيكونُ إلى الكوفةِ بعشرةٍ، وشهرَيْنِ بعشرةٍ؛ لأنّ بيِّنةَ كُلِّ واحدٍ منهما تُثْبتُ زيادةً؛ لأنّ بيِّنةَ المُؤاجِرِ تُثْبتُ زيادةَ الأجرِ، وبيِّنةُ المُسْتَأجِرِ تُثْبتُ زيادةَ المنفَعةِ، فتُقْبَلُ كُلُّ واحدةٍ منهما على الزّيادةِ التي تُثْبتُها.

وإنْ كان اختلافُهما بعدَما استوْفَى المُسْتَأجِرُ بعضَ المنفَعةِ بأنْ سَكَنَ الدّارَ المُسْتَأجَرةَ بعضَ المُدّةِ أو رَكِبَ الدّابّةَ المُسْتَأجَرةَ بعضَ المسافةِ. ثُمّ اختلَفا فالقولُ قولُ المُسْتَأجِرِ فيما مضى مع يمينِه، ويتحالَفانِ وتُفْسَخُ الإجارةُ فيما بقيَ؛ لأنّ العقدَ على المنافِعِ ساعةً فساعةً على حَسَبِ حُدوثِها شيئًا فشيئًا، فكان كُلُّ جزءٍ من أجزاءِ المنفَعةِ معقودًا عليه مُبْتَدأً، فكان ما بقيَ من المُدّةِ والمسافةِ مُنْفَرِدًا بالعقد، فيتحالَفانِ فيه، بخلافِ ما إذا هَلَكَ بعضُ المبيعِ على قولِ أبي حنيفةَ أنّه لا يَثْبُتُ التّحالُفُ عندَه؛ لأنّ البيعَ ورَدَ على جملةٍ واحدةٍ، وهي العيْنُ القائمةُ للحالِ، وكُلُّ جزءٍ من المبيعِ ليس بمعقودٍ عليه مُبْتَدأً، إنّما الجملةُ معقودٌ عليها بعقدٍ واحدٍ، فإذا تَعَذّرَ الفسخُ في قدرِ الهالِكِ يَسْقُطُ في الباقي.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بدل».

(٣) في المخطوط: «يستحق».

وإنْ كان اختلافُهما بعدَ مُضيِّ وقتِ الإجارةِ أو بعدَ بُلوغِ المسافةِ التي استأجَرَ إليها لا يتحالَفانِ فيه، والقولُ قولُ المُسْتَأجِرِ في مِقْدارِ البدَلِ مع يمينِه، ولا يمينَ على المُؤاجِرِ لأنّ التّحالُفَ يُثْبتُ الفسخَ، والمنافِعُ المُنْعَدِمةُ لا تحتَمِلُ فسْخَ العقدِ فلا يَثْبُتُ التّحالُفُ.

وهذا على أصلِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ ظاهرٌ؛ لأنّ قيامَ المبيعِ في باب البيعِ شرطُ جَرَيانِ التّحالُفِ حتى لا يثبت التحالف في المبيعِ الهالِكِ، والمنافِعُ ههنا هالِكةٌ فلا يَثْبُتُ فيها التّحالُفُ.

وأمّا محمّدٌ فيَحْتاجُ إلى الفرقِ بين المبيعِ الهالِكِ وبين المنافِعِ الهالِكةِ.

ووَجه الفرقِ له: أنّ المنافِعَ غيرُ مُتقَوِّمةٍ بأنْفُسِها على أصلِنا [١]، وإنّما تَتَقَوّمُ بالعقدِ فإذا فُسِخَتِ الإجارةُ بالتّحالُفِ تَبْقَى المنافِعُ مُسْتَوْفاةً من غيرِ عقدٍ، فلا تَتَقَوّمُ، فلا يَثْبِتُ التّحالُفَ، بخلافِ الأعيانِ فإنّها مُتَقَوِّمةٌ بأنْفُسِها، فإذا فُسِخَ البيعُ بالتّحالُفِ يَبْقَى المبيع مُتَقَوِّمًا بنفسِه في يَدِ المُشْتَري فيجبُ عليه قيمَتُه، وإنّما كان القولُ قول المُسْتَأجِرِ؛ لأنّه المُسْتَحِقُّ عليه، والخلافُ مَتَى وقَعَ في الاستِحْقاقِ كان القولُ قول المُسْتَحِقِّ [٢]، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَإنْ كان الاختلافُ في جِنْسِ الأجرِ بأنْ قال المُسْتَأجِرُ: استَأجَرْتُ هذه الدّابّةَ إلى موضِعِ كذا بعشرةِ دراهمَ، وقال الآخَرُ: بدينارٍ، فالحُكمُ في التّحالُفِ والنُّكولِ وإقامةِ أحدِهما البيِّنةَ ما وصَفْنا. فإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ فالبيِّنةُ بيِّنةُ المُؤاجِرِ؛ لأنّها تُثْبتُ الأُجْرةَ حقًّا له، وبيِّنةُ المُسْتَأجِرِ لا تُثْبتُ الأُجْرةَ [٣] حقًّا له، فكانت بيِّنةُ المُؤاجِرِ أولى بالقبولِ.

ولو اختلَفا فقال المُؤاجِرُ: أجَرْتُكَ هذه الدّابّةَ إلى القصْرِ بدينارٍ، وقال المُسْتَأجِرُ: إلى الكوفةِ بعشرةِ دراهمَ، وأقاما البيِّنةَ فهي إلى الكوفةِ بدينارٍ وخمسةِ دراهمَ؛ لأنّ الاختلافَ إلى القصْرِ، وقَعَ في البدَلِ، فكانت بيِّنةُ المُؤاجِرِ أولى لما قُلْنا، وتَثْبُتُ الإجارة [٤] إلى القصْرِ بدينارٍ، ثُمّ المُسْتَأجِرُ يَدّعي من القصْرِ إلى الكوفةِ بخمسةٍ؛ لأنّ القصْرَ نصفُ الطّريقِ، والمُؤاجِرُ يَجْحَدُ هذه الإجارةَ، فالبيِّنةُ المُثْبتةُ للإجارةِ أولى من النّافيةِ.

وقد رَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي [٢/ ٢٤٣ ب] يوسُفَ في رجلٍ استَأجَرَ من رجلٍ دارًا سَنَةً

---

(١) في المخطوط: «ما قلنا».

(٢) في المخطوط: «المستأجر عليه».

(٣) في المخطوط: «الأجر».

(٤) في المخطوط: «الأجرة».

فاختَلَفا فأقامَ المُسْتَأجِرُ البيِّنةَ أنّه استَأجَرَ أحدَ عشرَ شهرًا منها بدرهمٍ، وشهرًا بتِسْعةٍ، وأقامَ البيِّنةَ رَبُّ الدّارِ أنّه أجَرَها بعشرةٍ.

قال: فإنّي آخُذُ ببيِّنةِ رَبِّ الدّارِ؛ لأنّه يَدّعي فضْلَ أُجْرةٍ في أحدَ عشرَ شهرًا، وقد أقامَ على ذلك بيِّنةً فتُقْبَلُ بيِّنَتُه، فأمّا الشّهرُ الثّاني عشرَ فقد أقَرَّ المُسْتَأجِرُ للمُؤاجِرِ فيه بفَضْلِ الأُجْرةِ فيما ادّعَى، فإنْ صَدّقَه على ذلك وإلاّ سَقَطَ الفضْلُ بتكذيبه.

ولو اختلف الخيّاطُ، ورَبُّ الثّوب، فقال رَبُّ الثّوب: أمرتُكَ أنْ تقطَعَه قَباءً، وقال الخيّاطُ: أمرتَني أنْ أقطَعَه قَميصًا، فالقولُ قولُ رَبِّ الثّوب مع يمينِه عندَنا [(١)]، والخيّاطُ ضامِنٌ قيمةَ الثّوب، وإنْ شاء رَبُّ الثّوب أخذ الثّوبَ، وأعطاه أجرَ مثلِه، وقال ابنُ أبي لَيْلى: القولُ (قولُ الخيّاطِ) [(٢)] مع يمينِه، واختلف قولُ الشّافعيِّ فقال في موضِعٍ مثلَ قولِهما، وقال في موضِعٍ: يتحالَفانِ، فإذا حَلَفا سَقَطَ الضّمانُ عن الخيّاطِ، وسَقَطَ الأجرُ [(٣)].

وجه قولِ ابنِ أبي لَيْلى: أنّ صاحِبَ الثّوب أقَرَّ بالإذنِ بالقطْعِ، غيرَ أنّه يَدّعي زيادةَ صِفةٍ توجِبُ الضّمانَ، وتُسْقِطُ [الأجرَ]، والخيّاطُ يُنْكِرُ، فكان القولُ قوله.

ولنا: أنّ الإذنَ مُسْتَفادٌ من قِبَلِ صاحِب الثّوب، فكان القولُ في صِفةِ الإذنِ قوله، ولهذا لو وقَعَ الخلافُ في أصلِ الإذنِ بالقطْعِ، فقال صاحِبُ الثّوب: لم آذَنْ بالقطْعِ، كان القولُ قوله، وكذا إذا قال: لم آذَنْ بقَطْعِه قَميصًا، وقد خرج الجوابُ (عن قولِ) [(٤)] ابنِ أبي لَيْلى؛ لأنّ المأذونَ فيه قَطْعُ القباءِ لا مُطْلَقُ القطْعِ، ولا معنى لأحدِ قولي الشّافعيِّ؛ لأنّ التّحالُفَ وضْعٌ للفسخِ، ولا يُمْكِنُ الفسخُ ههنا، فلا يَثْبُتُ التّحالُفُ؛ لأنّ صاحِبَه يَدّعي على الخيّاطِ الغصْبَ، والخيّاطَ يَدّعي الأجرَ، وذلك مِمّا لا يَثْبُتُ فيه (التّحالُفُ، وإنْ) [(٥)] كان له تَضْمينُ الخيّاطِ قيمةَ الثّوب؛ لأنّ صاحِبَ الثّوب لَمّا حَلَفَ على دَعْوَى الخيّاطِ، فقد صار الخيّاطُ بقَطْعِه الثّوبَ لا على الصِّفةِ المأذونِ فيها مُتَصَرِّفًا في ملكِ غيره

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٣/ ١٢٧٦).
(٢) في المخطوط: «للخياط».
(٣) مذهب الشافعية: لو اختلف الخياط وصاحب الثوب، فالقول قول الخياط. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٣٤٧).
(٤) في المخطوط: «عما ذكره».
(٥) في المخطوط: «تحالف وإنما».

بغيرِ إذنِه، فصار مُتْلِفًا الثّوبَ عليه فيَضْمَنُ قيمَتَه، وإنْ شاء رَبُّ الثّوب أخذ الثّوبَ، وأعطاه أجرَ مثلِه.

أمّا اختيارُ أخذِ الثّوب فلأنّه أتَى بأصلِ المعقودِ عليه مع تَغَيُّرِ الصّفةِ فكان لصاحِب الثّوب الرِّضا به، وإعطاؤُه أجرَ المثلِ لا المُسَمّى؛ لأنّه لم يأتِ بالمأمورِ به على الوصفِ الذي أمر به.

وطريقةٌ أخرى لبعضِ مَشايِخِنا: أنّ مَنْفَعةَ القباءِ والقميصِ مُتَقارِبةٌ لأنّه يُمْكِنُ أنْ يَنْتَفِعَ بالقباءِ انتِفاعَ القميصِ بأنْ يَسُدّ وسَطَه وأزْرارَه، وإنّما يُفَوِّتُ بعضَ الأغراضِ، فقد وُجِدَ المعقودُ عليه مع العيب فيَسْتَحِقُّ الأُجْرةَ [1] حتّى قالوا: لو قَطَعَه سَراويلَ لم تجبْ له الأُجْرةُ لاختلافِ مَنْفَعةِ القباءِ والسّراويلِ، فلم يأتِ بالمعقود [2] عليه رأسًا.

قال القُدوريُّ: والرِّوايةُ بخلافِ هذا فإنّ هِشامًا رَوَى (أنّ محمّدًا قال) [3] في رجلٍ دَفَعَ [إلى رجلٍ] [4] شَبَهًا ليَضْرِبَ له طَشْتًا موصوفًا [معروفًا] [5] فضَرَبَه كوزًا: إنّ صاحِبَه بالخيارِ، إنْ شاء ضَمّنَه مثلَ شَبَهِه، والكوزُ للعامِلِ، وإنْ شاء أخذه وأعطاه أجرَ مثلِه لا يُجاوِزُ ما [به] [6] سمّى، ففي السّراويلِ يجبُ أنْ يكونَ كذلك.

ووَجْهُه ما مَرّ: أنّ العقدَ وقَعَ على الضّرْب، والصِّناعةُ صِفةٌ له، فقد وافَقَ في أصلِ المعقودِ عليه، وخالَفَ في الصِّفةِ، فيَثْبُتُ للمُسْتعمِلِ الخيارُ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ وبشْرٌ عن أبي يوسُفَ في رجلٍ أمر رجلاً أنْ يَنْزِعَ له ضِرْسًا مُتَآكِلاً فنَزَعَ ضِرْسًا مُتَآكِلاً فقال الآمِرُ: أمرتُك بغيرِ هذا بهذا الأجرِ.

وقال المأمورُ: أمرتني بالذي نَزَعْتُ، فإنّ أبا حنيفةَ قال في ذلك: القولُ قولُ الآمِرِ مع يمينِه لما بيّنّا أنّ الأمرَ يُسْتَفادُ من قِبَلِه خاصّةً، فكان القولُ في المأمورِ به قوله.

وذَكَرَ في الأصلِ في رجلٍ دَفَعَ إلى صَبّاغٍ ثَوْبًا ليصْبُغَه أحمَرَ فصَبَغَه أحمَرَ على ما وصَفَ له بالعُصفُرِ ثُمّ اختَلَفا في الأجرِ [7]، فقال الصّبّاغُ: عَمِلْته بدرهمٍ، وقال رَبُّ الثّوب:

---

(١) في المخطوط: «الأجر».
(٢) في المطبوع: «المعقودُ».
(٣) في المخطوط: «عن محمد».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «الأجرة».

بدانَقَيْنِ، فإنْ قامَتْ لهما بيِّنةٌ أُخِذَتْ بيِّنةُ الصّبّاغِ، وإنْ لم يَقُم لهما بيِّنةٌ فإنّي أنْظُرُ إلى ما زادَ العُصفُرُ في قيمةِ الثّوب، فإنْ كان درهمًا أو أكثرَ أعطَيْته درهمًا بعدَ أنْ يَحْلِفَ الصّبّاغُ ما صَبَغْته بدانَقَيْنِ، وإنْ كان ما زادَ في الثّوب من العُصفُرِ أقلّ من دانَقَيْنِ أعطَيْته دانَقَيْنِ بعدَ أنْ يَحْلِفَ صاحِبُ الثّوب ما صَبَغْته إلاّ بدانَقَيْنِ، أمّا إذا قامَتْ لهما بيِّنةٌ فلأنّ بيِّنةَ الصّبّاغِ تُثْبتُ زيادةَ الأُجْرةِ [1] فكانت أولى بالقبولِ، وأمّا إذا لم تَقُم لهما بيِّنةٌ فلأنّ ما زادَ العُصفُرُ في قيمةِ الثّوب إذا كان درهمًا أو أكثرَ كان الظّاهرُ شاهدًا للصّبّاغِ، إلاّ أنّه لا يُزادُ على درهمٍ؛ لأنّه رَضِيَ بسُقوطِ الزّيادةِ، وإذا كان ما زادَ العُصفُرُ دانَقَيْنِ كان الظّاهرُ شاهدًا لرَبِّ الثّوبِ، إلاّ أنّه لا يَنْقُصُ من [٢/ ٢٤٤ أ] دانَقَيْنِ؛ لأنّه رَضِيَ بذلك.

وإنْ كان يَزيدُ في الثّوب نصفَ درهمٍ قال: أعطَيْت الصّبّاغَ ذلك بعدَ أنْ يَحْلِفَ ما صَبَغْته بدانَقَيْنِ؛ لما ذَكَرْنا أنّ الدّعوى إذا سَقَطَتْ للتّعارُضِ بحُكمِ الصّبْغِ فوَجَبَ قيمةُ الصّبْغِ، وهذا بخلافِ القصّارِ مع رَبِّ الثّوب إذا اختلَفا في مِقْدارِ الأُجْرةِ، ولا بيِّنةَ لهما أنّ القولَ قولُ رَبِّ الثّوب مع يمينِه؛ لأنّه ليس في الثّوب عَيْنُ مالٍ قائمٍ للقصّارِ، فلم يوجدْ ما يصْلُحُ حُكمًا فيُرْجَعَ إلى قولِ صاحِبِ الثّوب؛ لأنّ القصّارَ يَدّعي عليه زيادةَ ضَمانٍ، وهو يُنْكِرُ، فكان القولُ قوله مع يمينِه.

وكذلك كُلُّ صِبْغٍ له قيمةٌ فإنْ كان الصّبْغُ أسوَدَ، فالقولُ قولُ رَبِّ الثّوب مع يمينِه على أصلِ أبي حنيفةَ، أنّ السّوادَ نُقْصانٌ عندَه، وكذلك كُلُّ صِبْغٍ يُنْقِصُ الثّوبَ؛ لأنّه تَعَذّرَ القضاءُ بالدّعوى للتّعارُضِ، ولا سبيلَ إلى الرُّجوعِ إلى قيمةِ الصّبْغِ؛ لأنّه لا قيمةَ له، فيُرْجَعُ إلى قولِ المُسْتَحقِّ عليه.

ولو اختلف الصّبّاغُ ورَبُّ الثّوب فقال رَبُّ [2] الثّوب: أمرتُك بالعُصفُرِ، وقال الصّبّاغُ: بالزّعْفَرانِ، فالقولُ قولُ رَبِّ الثّوب في قولِهم جميعًا؛ لأنّ الأمرَ [3] يُسْتَفادُ من قِبَلِه، ومن هذا النّوعِ ما إذا أمر المُسْتعمِلُ الصّانِعَ بالزّيادةِ من عندِه، ثُمّ اختلَفا فقال في الأصلِ في رجلٍ دَفَعَ غَزْلاً إلى حائكٍ يَنْسِجُه ثَوْبًا وأمره أنْ يَزيدَ في الغزْلِ رطْلاً من عندِه مثلَ غَزْلِه على أنْ يُعْطيَه ثَمَنَ الغزْلِ وأُجْرةَ الثّوب دراهمَ مُسَمّاةً، فاختلَفا بعدَ الفراغِ من

---

(١) في المخطوط: «أجرة». (٢) في المخطوط: «صاحب».
(٣) في المخطوط: «الإذن».

الثّوب، فقال الحائكُ: قد زِدْت، وقال رَبُّ الثّوب: لم تَزِدْ، فالقولُ قولُ رَبِّ الغزْلِ مع يمينِه على عَمَلِه؛ (لأنّ الصّانِعَ يَدّعي على صاحِب الثّوب الضّمانَ وهو يُنْكِرُ، فكان القول قولَ المُنْكِرِ مع يمينِه على عَمَلِه؛ لأنّه) [١] يمينٌ على فعلِ الغيرِ، فإنْ حَلَفَ بَرِئَ، وإنْ نَكَلَ عن اليمينِ لَزِمَه مثلُ الغزْلِ؛ لأنّ النُّكول حُجّةٌ يُقْضَى بها في هذا الباب فإنْ أقام الصّانِعُ بيِّنةً قُبلَتْ بيِّنَتُه.

ولو اتّفقا أنّ غَزْلَ المُسْتعملِ كان مَنًّا، وقال الصّانِعُ: قد زِدْت فيه رِطْلًا فوُزِنَ الثّوبُ فوُجِدَ زائدًا على ما دُفِعَ إليه زيادةً (لم يُعْلم) [٢] أنّ مثلَها يكونُ من الدّقيقِ، وادّعَى رَبُّ الثّوب أنّ الزّيادةَ من الدّقيقِ، فالقولُ قولُ الصّانِعِ؛ لأنّ رَبّ الثّوب يَدّعي خلافَ الظّاهِرِ، وإنْ كان الثّوبُ مُسْتَهْلَكًا قبل أنْ يُعْلَمَ وزْنُه، ولم يُقِرّ المُسْتعمِلُ أنّ فيه ما قال الصّانِعُ، فالقولُ قولُ رَبِّ الثّوب؛ لأنّ الصّانِعَ يَدّعي عليه الضّمانَ، ولا ظاهرَ ههنا يَشْهَدُ له، فلم يُقْبل قولُه.

وقال هِشامٌ عن محمّدٍ في رجلٍ دَفَعَ إلى صائغٍ عشرةَ دراهمَ فِضّةً، وقال: زِدْ عليها درهمَيْنِ قَرْضًا عَلَيّ فصُغْه قَلْبًا، وأجرُك درهمٌ، فصاغَه وجاءَ به محشوًّا فاختَلَفا، فقال الصّائغُ: قد زِدْت عليه درهمَيْنِ، وقال رَبُّ القلْب: لم تَزِدْ شيئًا، قال محمّدٌ: يتحالَفانِ ثُمّ الصّائغُ بالخيارِ إنْ شاء دَفَعَ القلْبَ إليه، وأخذ منه أُجْرةَ خمسةِ دَوانيقَ [٣]، وإنْ شاء دَفَعَ إليه عشرةَ دراهمَ فِضّةً، وأخذ القلْبَ.

(أمّا التّحالُفُ؛ فلأنّ الصّائغَ يَدّعي على صاحِب القلْب القرضَ، وهو يُنْكِرُ فيُسْتَحْلَفُ، وصاحِبُ القلْب) [٤] يَدّعي على الصّائغِ استِحْقاقَ القلْب بغيرِ شيءٍ، وهو يُنْكِرُ، فيُسْتَحْلَفُ، وإذا بَطَلَ دَعْوَى الصّائغِ في القلْب، عُلِمَ أنّ الوزْنَ عشرةٌ، وإنّما بَذَلَ صاحِبُ القلْب للصّائغِ درهمًا لصياغَتِه اثنَيْ عشرَ درهمًا، فإذا لم تَثْبُتِ الزّيادةُ تَلْزَمُه للعشرةِ خمسةُ دَوانيقَ، وإنّما كان للصّائغِ أنْ يَحْبسَ القلْبَ، ويُعْطِيَ صاحِبَ القلْب مثلَ فِضّتِه؛ لأنّ عندَه أنّ الزّيادةَ ثابتةٌ، وأنّه يتضرر ببُطْلانِ حقِّه عليها [٥] من غيرِ عِوَضٍ

---

(١) في المخطوط: «على أنه».
(٢) في المخطوط: «لا يعلم».
(٣) في المخطوط: «دوانق».
(٤) في المخطوط: «لأنه».
(٥) في المخطوط: «عنها».

القرضِ [١]، فلا يجوزُ استِحْقاقُها (من غيرِ) [٢] رِضاه، ولا ضَرَرَ على صاحِبِ القلْب؛ لأنّه وصَلَ إليه مثلُ حقِّه.

وقال ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في رجلٍ دَفَعَ إلى نَدّافٍ [٣] ثَوْبًا، وقُطْنًا يَنْدِفُ عليه، وأمره أنْ يَزيدَ من عندِه ما رأى، ثُمّ إنّ صاحِبَ الثّوب أتاه وقد نَدَفَ على الثوب عِشْرينَ أستارًا من قُطْنٍ، فاختَلَفا، فقال صاحِبُ الثّوب: دَفَعْت إلَيْك خمسةَ عشرَ أستارًا من قُطْنٍ، وأمرتُك أنْ تَزيدَ عليه عشرةً وتَنْقُصَ إنْ رأيت فلم تَزِدْ إلاّ خمسةَ أساتيرَ.

وقال النّدّاف: دَفَعْتَ إلَيّ عشرةً وأمرتني أنْ أزيدَ عشرةً فزِدْتها [٤]، فالقولُ قولُ النّدّافِ، وعلى صاحِب الثّوب أنْ يَدْفَعَ إليه عشرةَ أساتيرَ من قُطْنٍ كما ادّعَى؛ لأنّ صاحِبَ الثّوب لا يَدّعي على النّدّافِ مُخالَفةَ ما أمره به، وإنّما يَدّعي أنّه دَفَعَ إليه خمسةَ عشرَ أستارًا، فكان القولُ قول النّدّافِ في مِقْدارِه فتَبْقَى العشرةُ زيادةً فيَضْمَنُها صاحِبُ الثّوب، وإنْ كان صاحِبُ الثّوب قال: دَفَعْت إلَيْك خمسةَ عشرَ، وأمرتُك أنْ تَزيدَ عليه خمسةَ عشرَ.

وقال النّدّاف: دَفَعْتَ إلَيّ عشرةً وأمرتني أنْ أزيدَ عليه عشرةً فزِدْتُ عليه عشرةً، فصاحِبُ الثّوب في هذا بالخيارِ: إنْ شاء صَدّقَه ودَفَعَ إليه عشرةَ أساتيرَ وأخذ ثَوْبَه، وإنْ شاء أخذ قيمةَ ثَوْبه، ومثلَ عشرةِ أساتيرَ قُطْنٍ، وكان الثّوبُ للنّدّافِ؛ لأنّ النّدّافَ [٢/ ٢٤٤ ب] يَزْعُمُ أنّه فعَلَ ما أمره [٥] به، وصاحِبَ الثّوب يَدّعي الخلافَ، فكان القولُ قوله فيما أمر به، والقولُ قولُ النّدّافِ في مِقْدارِ ما قَبَضَ.

وقال بشْرٌ عن أبي يوسُفَ في رجلٍ أعطَى رجلاً ثَوْبًا ليقطَعَه قَباءً محشوًّا، ودَفَعَ إليه البطانةَ والقُطْنَ فقَطَعَه وخاطَه وحَشاه، واتّفَقا على العمَلِ والأُجْرةِ: فإنّ الثّوبَ ثَوْبُ رَبِّ الثّوب والقُطْنَ قُطْنُه، غيرَ أنّ رَبّ الثّوب [إنْ] [٦] قال: [إنّ] [٧] البطانةَ ليستْ بطانَتي، فالقولُ [٨] في ذلك قولُ الخيّاطِ مع يمينِه ألبَتّةَ أنّ هذه [٩] بطانَتُه، ويَلْزَمُ [١٠] رَبّ الثّوب، ويَسَعُ رَبُّ الثّوب أنْ يأخُذَ البطانةَ فيَلْبَسُها؛ لأنّ البطانةَ أمانةٌ في يَدِ الخيّاطِ، فكان

(١) في المخطوط: «للقرض».
(٢) في المخطوط: «بغير».
(٣) النداف: الذي يندف القطن. أي ينفشه بالمندف ليرق. انظر: المعجم الوجيز (ص٦٠٨).
(٤) في المخطوط: «وزدتها».
(٥) في المخطوط: «أمر».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «فإن القول».
(٩) في المطبوع: «هذا».
(١٠) في المخطوط: «وتلزم».

القولُ قوله فيها، ثُمّ إنْ كانت بطانةُ صاحِب الثّوب؛ حَلّ له لُبْسُها، وإنْ كانت غيرَها فقد رَضِيَ الخيّاطُ بدَفعِها إليه بَدَلَ بطانَتِه؛ فحَلّ له لُبْسُها.

ورَوَى بشْرٌ وابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ فيمَنْ أعطَى حَمّالاً مَتاعًا ليَحمِلَه من موضِعٍ إلى موضع بأجرٍ معلومٍ، فحَمَلَه ثُمّ اختَلَفا، فقال رَبُّ المتاعِ: ليس هذا مَتاعي، وقال الحمّالُ: هو مَتاعُكَ، فالقولُ قولُ الحمّالِ مع يمينِه، ولا ضَمانَ عليه، ولا يَلْزَمُ[(١)] الآمِرَ الأجرُ إلاّ أنْ يُصَدِّقَه، ويأخُذَه؛ لأنّ المتاعَ أمانةٌ في يَدِ الحمّالِ فكان القولُ قوله، ولا يَلْزَمُ صاحِبَ المتاعِ الأجر؛ لأنّه لم يعتَرِفْ باستيفاءِ المنافِعِ، فإنْ صَدّقَه فقد رَجَعَ عن قولِه فوَجَبَ عليه الأجر.

قال: والنّوعُ الواحدُ والنّوعانِ في هذا سَواءٌ، إلاّ أنّه في النّوعِ الواحدِ أفْحَشُ وأقبَحُ يُرِيدُ بهذا لو حَمَلَه طعامًا أو زيتًا.

وقال الأجيرُ: هذا طعامُكَ بعَيْنِه، وقال رَبُّ الطّعامِ: كان طعامي أجوَدَ من هذا، [فإنّ هذا][(٢)] يَفْحُشُ أنْ يكونَ القولُ فيه قول رَبِّ الطّعامِ، ويَبْطُلُ الأجرُ، ويَحْسُنُ أنْ يكونَ القولُ قول الحمّالِ، ويأخُذُ الأجرَ إنْ كان قد حَمَلَه.

فأمّا إذا كانا نوعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بأنْ جاءَ بشَعيرٍ، وقال رَبُّ الطّعامِ: كان طعامي حِنْطةً، فلا أجرَ للحَمّالِ حتّى يُصَدِّقَه ويأخُذَه، وإنّما قال: يقبُحُ في الجِنْسِ الواحدِ؛ لأنّ عندَ اتّحادِ الجِنْسِ يملِكُ صاحِبُ الطّعامِ أنْ يأخُذَ العين عِوَضًا عن طعامِه؛ لأنّ الحمّالَ قد بَذَلَ له ذلك، فإذا أخذ[(٣)] العِوَضَ سَلِمَتْ له المنفَعةُ، فأمّا في النّوعَيْنِ فلا يَسَعُه أنْ يأخُذَ النّوعَ الآخَرَ إلاّ بالتّراضي بالبيعِ، فما لم يُصَدِّقْه لا يَسْتَحِقُّ عليه الأجرَ.

ولو اختلف الصّانِعُ والمُسْتَأجِرُ في أصلِ الأجرِ كالنّسّاجِ والقصّارِ والخفّافِ والصّبّاغِ فقال رَبُّ الثّوب والخُفِّ: عَمِلْتَه لي بغيرِ شرطٍ، وقال الصّانِعُ: لا؛ بل عَمِلْتُه بأُجْرةِ درهمٍ، أو اختلف رَبُّ الدّارِ مع المُسْتَأجِرِ، فقال رَبُّ الدّارِ: أجّرْتُها منك بدرهمٍ.

وقال الساكِنُ: بل سَكَنْتها عاريّةً، فالقولُ قولُ صاحِبِ الثّوب والخُفِّ، وساكِنِ الدّارِ

---

(١) في المخطوط: «يكون على».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «حصل».

في قولِ أبي حنيفةَ مع يمينِه، ولا أجرَ عليه، وقال أبو يوسُفَ: إنْ كان الرّجُلُ حُرًّا ثِقةً فعليه الأجرُ، وإلاّ فلا.

وقال محمّد: إنْ كان الرّجُل انتَصَبَ للعَمَلِ فالقولُ قولُه، وإنْ لم يكنِ انتَصَبَ للعَمَلِ فالقولُ قولُ صاحِبه، وعلى هذا الخلافِ إذا اتّفَقا على أنّهما لم يشترِطا الأجرَ لكنّ الصّانِعَ قال: إنّي إنّما عَمِلْتُ بالأجرِ، وقال رَبُّ الثّوب: ما شرَطْتُ لَك شيئًا، فلا يَسْتَحِقُّ شيئًا.

وَجهُ قولِهما: اعتِبارُ العُرْفِ والعادةِ، فإنّ انتِصابَه للعَمَلِ وفَتْحَه [١] الدُّكّانَ لذلك دَليلُ [العمل] [٢] على أنّه لا يعملُ إلاّ بالأُجرةِ، وكذا إذا كان حريفه [٣] فكان العقدُ موجودًا دَلالةً، والثّابتُ دَلالةً كالثّابتِ نصًّا.

ولأبي حنيفةَ أنّ المنافِعَ على أصلِنا لا تَتَقَوّمُ إلاّ بالعقدِ، ولم يوجدْ، أمّا إذا اتّفَقا على أنّهما لم يشترِطا الأجرَ فظاهرٌ، وكذا إذا اختَلَفا في الشّرطِ؛ لأنّ العقدَ لا يَثْبُتُ مع الاختلافِ للتّعارُضِ فلا تجبُ الأُجرةُ، ثُمّ إنْ كان في المصْنوعِ عَيْنٌ قائمةٌ للصّانِعِ كالصِّبْغِ الذي يَزيدُ، والنّعْلِ يَغْرَمُ رَبُّ الثّوب والخُفِّ للصّانِعِ ما زادَ الصِّبْغُ والنّعْلُ فيه، لا يُجاوِزُ به درهمًا، وإلاّ فلا، واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

فَصْلٌ [في بيان ما ينتهي به عقد الإجارة]

وأمّا بيانُ ما يَنْتَهي به عقدُ الإجارةِ فعقدُ الإجارةِ يَنْتَهي بأشياءَ:

منها: الإقالةُ؛ لأنّه مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ فكان مُحْتَمِلاً للإقالةِ كالبيعِ.

ومنها: موتُ مَنْ وقَعَ له الإجارةُ إلاّ لعُذْرٍ [٤] عندَنا [٥].

وعندَ الشافعي: لا يَبْطُلُ [٦] بالموتِ كبيعِ العيْنِ [٧].

والكلامُ فيه [بناءً] [٨] على أصلٍ ذَكَرْناه في كيْفيّةِ انعِقادِ هذا العقدِ، وهو أنّ الإجارةَ

(١) في المخطوط: «وفتح».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المطبوع: «حرفته».
(٤) في المخطوط: «بعذر».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٥/ ١٥٣).
(٦) في المخطوط: «تبطل».
(٧) وفي بيان مذهب الشافعية: لا تنتقض الإجارة، أيهما مات مثل البيع. انظر: المزني (ص ١٢٦).
(٨) زيادة من المخطوط.

عندَنا تَنْعَقِدُ ساعةً فساعةً على حَسَب حُدوثِ المنافِعِ شيئًا فشيئًا، وإذا كان كذلك فما يَحْدُثُ من المنافِعِ في يَدِ الوارِثِ لم يملِكها المورِّثُ لعَدَمِها، والملكُ صِفةُ الموجودِ لا المعدومِ فلا يملِكُها الوارِثُ، إذِ الوارِثُ إنّما يملِكُ ما كان على ملكِ المورِّثِ، فما لم يملِكه يَسْتَحيلُ وِراثَتُه، بخلافِ بيعِ العيْنِ؛ لأنّ العيْنَ ملكٌ [1] قائمٌ بنفسِه مَلَكَه المورِّثُ إلى وقتِ الموتِ، فجاز أنْ [٢/ ٢٤٥ أ] يَنْتَقِلَ منه إلى الوارِثِ؛ لأنّ المنافِعَ لا تُمْلَكُ إلاّ بالعقدِ وما يَحْدُثُ منها في يَدِ الوارِثِ لم يُعْقد عليه رأسًا؛ لأنّها كانت معدومةً حالَ حَياةِ المورِّثِ، [والوارِثُ لم يعقِدْ عليها فلا يَثْبُتُ الملكُ فيها للوارِثِ] [2].

وعندَ الشّافعيِّ مَنافِعُ المُدّةِ تُجْعَلُ موجودةً للحالِ كأنّها أعيانٌ قائمةٌ، فأشبَهَ بيعَ العيْنِ، والبيعُ لا يَبْطُلُ بموتِ أحدِ المُتَبايِعَيْنِ، كذا الإجارةُ.

وعلى هذا يُخَرَّجُ ما إذا أجَّرَ رجلانِ دارًا من رجلٍ ثُمّ مات أحدُ المُؤاجِرَيْنِ أنّ الإجارةَ تَبْطُلُ في نصيبه عندَنا، وتَبْقَى في نصيب الحيِّ على حالِها؛ لأنّ هذا شُيوعٌ طارِئٌ، وإنّه لا يُؤَثِّرُ في العقدِ في الرِّوايةِ المشهورةِ لما بيّنّا فيما تَقَدَّمَ.

وكذلك لو استَأجَرَ رجلانِ من رجلٍ دارًا فمات أحدُ المُسْتَأجِرَيْنِ فإنْ رَضِيَ الوارِثُ بالبقاءِ على العقدِ، ورَضِيَ العاقِدُ أيضًا جاز، ويكونُ ذلك بمنزلةِ عقدٍ مُبْتَدَإٍ، ولو مات الوكيلُ بالعقدِ لا تَبْطُلُ الإجارةُ؛ لأنّ العقدَ لم يقعْ له، وإنّما هو عاقِدٌ، وكذا لو مات الأبُ أو الوصيُّ لما قُلْنا، وكذا لو مات أبو الصّبيِّ في استِئْجارِ الظِّئْرِ، لا تُنْقَضُ [3] الإجارةُ؛ لأنّ الإجارةَ وقَعَتْ للصّبيِّ والظِّئْرِ وهما قائمانِ، ولو ماتت الظِّئْرُ انْتُقِضَتِ الإجارةُ، وكذا لو مات الصّبيُّ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما معقودٌ له.

والأصلُ أنّ الإجارةَ تَبْطُلُ بموتِ المعقودِ له، ولا تَبْطُلُ بموتِ العاقِدِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ استيفاءَ العقدِ بعدَ موتِ مَنْ وقَعَ له العقدُ يوجِبُ تَغْييرَ موجَب العقدِ؛ لأنّ مَنْ وقَعَ له إنْ كان هو المُؤاجِرَ [4] فالعقدُ يقتَضي استيفاءَ المنافِعِ من ملكِه، ولو بقّيْناه بعدَ موتِه لاستوْفيَتِ المنافِعُ من ملكِ غيرِه، وهذا خلافُ مُقْتَضَى العقدِ، وإنْ كان هو المُسْتَأجِرُ فالعقدُ يقتَضي استِحْقاقَ الأُجْرةِ من مالِه.

---

(١) في المخطوط: «مال».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «تنتقض».

(٤) في المخطوط: «المؤجِر».

ولو بقّيْنا العقدَ بعدَ موتِه لاستُحِقّتِ الأُجْرةُ من مالِ غيرِه، وهذا خلافُ موجَب العقدِ، بخلافِ ما إذا مات مَنْ لم يقعِ العقدُ له كالوكيلِ ونحوِه؛ لأنّ العقدَ منه لا يقعُ مُقْتَضيًا استِحْقاقَ المنافِعِ، ولا استِحْقاقَ الأُجْرةِ من ملكِه، فإبْقاءُ العقدِ بعدَ موتِه لا يوجِبُ تَغْييرَ موجَب العقدِ، وكذلك الوليُّ في الوقفِ إذا عَقَدَ ثُمّ مات لا تُنْتَقضُ الإجارةُ؛ لأنّ العقدَ لم يقعْ له فموتُه لا يُغَيِّرُ حُكمَه.

وَلو استَأجَرَ دابّةً إلى مَكّةَ فمات المُؤاجِرُ [1] في بعضِ المفازةِ فلَه أنْ يَرْكَبَها أو يَحمِلَ عليها إلى مَكّةَ أو إلى أقرَب الأماكِنِ من المِصْرِ؛ لأنّ الحُكمَ ببُطْلانِ الإجارةِ ههنا يُؤَدّي إلى الضّرَرِ بالمُسْتَأجِرِ لما فيه من تعريضِ مالِه ونفسِه (إلى التّلَفِ) [2]، فجُعِلَ ذلك عُذْرًا في بقاءِ [3] الإجارةِ وهذا معنى قولِهم إنّ الإجارةَ كما تُفْسَخُ بالعُذْرِ تَبْقَى بالعُذْرِ.

وقالوا فيمَنِ اكتَرى إبلًا إلى مَكّةَ ذاهبًا وجائيًا، فمات الجمّالُ في بعضِ الطّريقِ فللمُسْتَأجِرِ أنْ يَرْكَبَها إلى مَكّةَ أو يَحمِلَ عليها، وعليه المُسمّى؛ لأنّ الحُكمَ بانفِساخِ الإجارةِ في الطّريقِ إلْحاقُ الضّرَرِ بالمُسْتَأجِرِ؛ لأنّه لا يجدُ ما يَحمِلُه ويَحمِلُ قُماشَه، وإلْحاقُ الضّرَرِ بالورَثةِ إذا كانوا غُيّبًا؛ لأنّ المنافِعَ تَفوتُ من غيرِ عِوَضٍ، فكان في استيفاءِ العقدِ نَظَرٌ من الجانِبينِ فإذا، وصَلَ إلى مَكّةَ رَفَعَ الأمرَ إلى الحاكِمِ؛ لأنّه لا ضَرَرَ عليه في فسْخِ الإجارةِ عندَ ذلك؛ لأنّه يقدِرُ على أنْ يَسْتَأجِرَ من جَمّالٍ آخَرَ، ثُمّ يَنْظُرُ الحاكِمُ في الأصلَحِ.

فإنْ رأى بيعَ الجِمالِ وحِفْظَ الثّمَنِ للوَرَثةِ أصلَحَ فعَلَ ذلك، [وإنْ رأى إمضاءَ الإجارةِ إلى الكوفةِ أصلَحَ فعَلَ ذلك] [4]؛ لأنّه نُصّبَ ناظِرًا مُحْتاطًا، وقد يكونُ أحدُ الأمرَيْنِ أحْوَطَ فيَخْتارُ ذلك، قالوا: والأفْضَلُ إذا كان المُسْتَأجِرُ ثِقةً أنْ يُمْضيَ القاضي الإجارةَ.

والأفْضَلُ إذا كان غيرَ ثِقةٍ أنْ يَفْسَخَها فإنْ فسَخَها وقد كان المُسْتَأجِرُ عَجّلَ الأُجْرةَ سَمِعَ القاضي بيِّنَتَه عليها، وقضاه من ثَمَنِها؛ لأنّ الإجارةَ إذا انفَسَخَتْ فللمُسْتَأجِرِ إمساكُ العيْنِ حتّى يَسْتَوْفيَ جميعَ الأُجْرةِ، وقامَ القاضي مقامَ الغائب فنَصّبَ [5] له خَصْمًا، وسَمِعَ عليه البيِّنَةَ.

---

(١) في المخطوط: «المؤجِّر».
(٢) في المخطوط: «للتلف».
(٣) في المخطوط: «إبقاء».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فينصب».

وَلو مات أحدٌ مِمّنْ وقَعَ له عقدُ الإجارةِ قبل انقِضاءِ المُدّةِ، وفي الأرضِ المُسْتَأجَرةِ زَرْعٌ لم يُسْتَحْصَدْ يُتْرَكُ ذلك في الأرضِ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ، ويكونُ على المُسْتَأجِرِ أو على ورثَتِه ما سُمّيَ من الأجرِ؛ لأنّ في الحُكمِ بالانفِساخِ وقَلْعِ الزّرْعِ ضَرَرًا بالمُسْتَأجِرِ، وفي الإبْقاءِ من غيرِ عِوَضٍ ضَرَرًا بالوارِثِ، ويُمْكِنُ تَوْفيرُ الحقّيْنِ من غيرِ ضَرَرٍ بإبْقاءِ الزّرْعِ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ بالأجرِ، فيجبُ القولُ به، وإنّما وجَبَ المُسَمّى استِحْسانًا.

والقياسُ: أنْ يجبَ أجرُ المثلِ؛ لأنّ العقدَ انفَسَخَ حقيقةً [بالموتِ] (١)، وإنّما بقّيْناه حُكمًا، فأشبَهَ شُبْهَةَ العقدِ، واستيفاءُ المنافِعِ بشُبْهةِ العقدِ توجِبُ (٢) أجرَ المثلِ، كما لو استَوْفاها بعدَ انقِضاءِ المُدّةِ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّ التّسْميةَ تَناوَلَتْ هذه المُدّةَ فإذا مسّتِ الضّرورةُ إلى التّرْكِ بعِوَضٍ كان إيجابُ العِوَضِ المُسَمّى أولى؛ لوُقوعِ [٢/ ٢٤٥ ب] التّراضي، بخلافِ التّرْكِ بعدَ انقِضاءِ المُدّةِ؛ لأنّ التّسْميةَ لم تَتَناوَلْ ما بعدَ انقِضاءِ المُدّةِ فتَعَذّرَ إيجابُ المُسَمّى فوَجَبَ أجرُ المثلِ.

ومنها: هَلاكُ المُسْتَأجَرِ، والمُسْتَأجَرِ فيه لوُقوعِ اليأسِ عن استيفاءِ المعقودِ عليه بعدَ هَلاكِه فلم يكنْ في بقاءِ العقدِ فائدةٌ، حتّى لو كان المُسْتَأجَرُ عبدًا أو ثَوْبًا أو حُليًّا أو ظَرْفًا أو دابّةً مُعَيّنةً فهَلَكَ أو هَلَكَ الثوبُ المُسْتَأجَرُ فيه للخياطةِ أو للقِصارةِ؛ بَطَلَتِ الإجارةُ لما قُلْنا، وإنْ كانتِ الإجارةُ على دَوابّ بغيرِ أعيانِها فسَلّمَ إليه دَوابّ فقَبَضَها فماتتْ لا تَبْطُلُ الإجارةُ، وعلى المُؤاجِرِ (٣) أنْ يأتيَه بغيرِ ذلك؛ لأنّه هَلَكَ ما لم يقعْ عليه العقدُ؛ لأنّ الدّابّةَ إذا لم تكُنْ مُعَيّنةً فالعقدُ يقعُ على مَنافِعَ في الذّمّةِ، وإنّما تُسَلّمُ العيْنُ ليُقيمَ مَنافِعَها مقامَ ما في ذِمّتِه، فإذا هَلَكَ بقيَ ما في الذّمّةِ بحالِه فكان عليه أنْ يُعَيّنَ غيرَها، وقد ذَكَرْنا اختلافَ إشارةِ الرّواياتِ في الدّارِ إذا انهَدَمَ كُلُّها أو انقَطَعَ الماءُ عن الرّحَى أو الشُّرْبُ من الأرضِ أنّ الإجارةَ تَنْفَسِخُ أو يَثْبُتُ حقُّ الفسخِ فيما تَقَدّمَ، وعلى هذا أيضًا يُخَرّجُ موتُ الظِّئْرِ أنّ الإجارةَ تَبْطُلُ به؛ لأنّها مُسْتَأجَرةٌ.

ومنها: انقِضاءُ المُدّةِ إلاّ لعُذْرٍ؛ لأنّ الثّابتَ إلى غايةٍ يَنْتَهي عندَ وجودِ الغايةِ فتَنْفَسِخُ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «فوجب».

(٣) في المخطوط: «المؤجر».

الإجارةُ بانتِهاءِ المُدّةِ، إلاّ إذا كان ثَمّةَ عُذْرٌ بأنِ انقضَتِ المُدّةُ وفي الأرضِ زَرْعٌ لم يُسْتَحْصَدْ فإنّه يُتْرَكُ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ بأجرِ المثلِ، بخلافِ ما إذا انقضَتِ المُدّةُ وفي الأرضِ رَطْبةٌ أو غَرْسٌ أنّه يُؤْمَرُ بالقلْعِ؛ لأنّ في تَرْكِ الزّرْعِ إلى أنْ يُدْرِكَ مُراعاةَ الحقّيْنِ، والنّظَرَ من الجانِبينِ؛ لأنّ لقَطْعِه غايةً معلومةً، فأمّا الرّطْبةُ فليس لقَطْعِها غايةٌ معلومةٌ فلو لم تُقْطَعْ لَتَعَطّلَتِ الأرضُ على صاحِبها فيتضَرّرُ به، وبخلافِ الغاصِب إذا زَرَعَ الأرضَ المغْصوبةَ أنّه يُؤْمَرُ بالقلْعِ، ولا يُتْرَكُ إلى وقتِ الحصادِ بأجرٍ؛ لأنّ التّرْكَ في الإجارةِ لدَفْعِ الضّرَرِ عن المُسْتَأجِرِ نَظَرًا له، وهو مُسْتَحِقٌّ للنّظَرِ؛ لأنّه زَرَعَ بإذنِ المالِكِ فأمّا الغاصِبُ فظالِمٌ مُتَعَدٍّ في الزّرْعِ، فلا يَسْتَحِقُّ النّظَرَ بالتّرْكِ مع ما أنّه هو الذي أضَرّ بنفسِه حيثُ زَرَعَ أراضيَ غيرِه بغيرِ حقٍّ فكان مُضافًا إليه.

ومنها: عَجْزُ المُكاتَب بعدَما استأجَرَ شيئًا أنّه يوجِبُ بُطْلانَ الإجارةِ بلا خلافٍ؛ لأنّ الأُجْرةَ استُحِقّتْ من كسْب المُكاتَب، وبالعجْزِ يَبْطُلُ كسْبُه فتَبْطُلُ الإجارةُ إذْ لا سبيلَ إلى إيجابها من مالِ المولى، فإنْ عَجزَ بعدَما استأجَرَ [شيئا] [(١)] فالإجارةُ باقيةٌ في قولِ أبي يوسُفَ.

وقال محمّد: تَبطُلُ، والكلامُ فيه راجِعٌ إلى أصلٍ نَذْكُرُه في كِتاب الهِبةِ في كيْفيّةِ ملكِ المولى كسْبَ المُكاتَب عندَ عَجْزِه أنّ عندَ أبي يوسُفَ كسْبَ المُكاتَب موقوفٌ ملكُه في الحقيقةِ على عَجْزِه أو عِتْقِه، فإنْ عَجزَ مَلَكَه المولى من الأصلِ، وإنْ عَتَقَ مَلَكَه المُكاتَبُ من الأصلِ، وعندَ محمّدٍ: هو ملكُ المُكاتَب، ثُمّ إذا عَجزَ انتَقَلَ إلى المولى كما يَنْتَقِلُ الملكُ من الميّتِ إلى ورَثَتِه [(٢)] بالموتِ.

ووَجْه البِناءِ على هذا الأصلِ: أنّ عندَ أبي يوسُفَ لَمّا وقَعَ الملكُ للمولى في الكسْب من حينِ وجودِه صار كأنّ الإجارةَ وُجِدَتْ من المولى فلا تُنْتَقضُ بعَجْزِ المُكاتَب، ولمّا كان الملكُ للمولى فيه من طريقِ الانتِقالِ من المُكاتَب عندَ عَجْزِه [- على أصلِ محمّدٍ - صار بمنزلةِ انتِقالِ الملكِ من الميّت إلى وارِثِه عندَ عَجْزِه] [(٣)]، وذلك يوجِبُ انتِقاضَ الإجارةِ، كذا هذا.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وارثه».
(٣) ليست في المخطوط.

وأصلُ هذه المسألةِ في المُكاتَب : إذا وُهِبَتْ له هِبةٌ ثُمّ عَجَزَ أنّ للواهب أنْ يرجعَ في قولِ أبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ لا يرجعُ، وسَنَذْكُرُه في كِتاب الهِبةِ، واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

* * *

كتاب الاستصناع



كتاب الاستصناع

يُحْتاجُ لمعرفةِ مسائلِ هذا الكِتاب إلى بيانِ صورةِ الاستِصْناعِ ومعناه، وإلى بيانِ جَوازِه، وإلى بيان شرائطه وإلى بيانِ حُكمِه، وإلى بيانِ صِفَتِه.

[فصل في صورة الاستصناع]

أمّا صورةُ الاستِصْناعِ: فهي أنْ يقول إنسانٌ لصانعٍ - من خَفّافٍ أو صَفّارٍ أو غيرِهما -: اعمَلْ لي خُفًّا، أو آنيةً من أديمٍ أو نُحاسٍ، من عندِكَ بثَمَنِ كذا، ويُبيِّنُ نوعَ ما يعملُ وقدرَه وصِفَتَه، فيقولُ الصّانِعُ: نَعَم.

وأمّا معناه: فقد اختلف المشايخُ فيه، قال بعضُهم: هو مواعَدةٌ وليس ببيعٍ، وقال بعضُهم: هو بيعٌ، لكنْ للمُشْتَري فيه خيارٌ، وهو الصّحيحُ؛ بدَليلِ أنّ محمّدًا رحمه الله ذَكَرَ في جَوازِه القياسَ والاستِحْسانَ، وذلك لا يكونُ في العِداتِ، وكذا أثْبَتَ فيه خيارَ الرُّؤْيةِ، وأنّه يختصُّ بالبياعاتِ، وكذا يَجْري فيه التّقاضي، وإنّما يتقاضَى فيه الواجِبُ - لا الموعودُ.

ثُمّ اختلفتْ عِباراتُهم عن هذا النّوعِ من البيعِ. قال بعضُهم: هو عقدٌ على مَبيعٍ في الذِّمّةِ، وقال بعضُهم: هو عقدٌ على مَبيعٍ في الذِّمّةِ شُرِطَ فيه العمَلُ.

وجه القولِ الأوّلِ: [٢/ ٢٤٦ أ] أنّ الصّانِعَ لو أحْضَرَ عَيْنًا، كان عَمِلَها قبل العقدِ، ورَضِيَ به المُسْتَصْنِعُ؛ لَجاز (١)، ولو كان شرطُ العمَلِ من (٢) نفسِ العقدِ؛ لَما جاز؛ لأنّ الشّرطَ يقعُ على عَمَلٍ في المُسْتقبَلِ لا في الماضي.

والصّحيحُ هو القولُ الأخيرُ؛ لأنّ الاستِصْناعَ طَلَبُ الصُّنْعِ، فما لم يُشْتَرَطْ فيه العمَلُ لا يكونُ استِصْناعًا؛ فكان مأخَذُ الاسمِ دَليلاً عليه؛ ولأنّ العقدَ على مَبيعٍ في الذِّمّةِ يُسَمّى سَلَمًا،

(١) في المخطوط: «جاز».
(٢) في المخطوط: «في».

وهذا العقدُ يُسَمّى استِصْناعًا، واختلافُ الأسامي دَليلُ اختلافِ المعاني في الأصلِ.

وأمّا إذا أتَى الصّانِعُ بعَيْنٍ صَنَعَها قبل العقدِ، ورَضِيَ به المُسْتَصْنِعُ؛ فإنّما جاز لا بالعقدِ الأوّلِ، بل [(١)] بعقدٍ آخرَ، وهو التّعاطي بتَراضيهما.

فصل [في شرعية الاستصناع]

وأما جوازه، فالقياس: أنْ لا يجوزَ؛ لأنّه بيعُ ما ليس عندَ الإنسانِ، لا على وجه السّلَمِ، وقد نَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن بيعِ ما ليس عندَ الإنسانِ [(٢)]، ورَخّصَ في السّلَمِ، ويجوزُ استِحْسانًا؛ لإجماعِ النّاسِ على ذلك؛ لأنّهم يعملونَ ذلك في سائرِ الأعصارِ من غيرِ نكيرٍ، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**لا تَجْتَمِعُ أُمّتي على ضَلالةٍ**» [(٣)]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**ما رَآه المسلمونَ حَسَنًا؛ فهو عندَ اللّه حَسَنٌ، وما رَآه المسلمونَ قَبيحًا؛ فهو عندَ اللّه قَبيحٌ**» [(٤)] والقياسُ يُتْرَكُ بالإجماعِ، ولهذا تُرِكَ القياسُ في دُخولِ الحمّامِ بالأجرِ، من غيرِ بيانِ المُدّةِ، ومِقْدارِ الماءِ الذي يُسْتعملُ، وفي قَطْعِه الشّارِبَ للسِّقاءِ، من غيرِ بيانِ قدرِ المشْروب، وفي شراءِ البقْلِ، وهذه المُحقّراتُ كذا هذا؛ ولأنّ الحاجةَ تَدْعو [(٥)] إليه؛ لأنّ الإنسانَ قد يَحْتاجُ إلى خُفٍّ، أو نَعْلٍ من جِنْسٍ مَخْصوصٍ، ونوعٍ مَخْصوصٍ، على قدرٍ مَخْصوصٍ وصِفةٍ مَخْصوصةٍ، وقَلّما يَتّفِقُ وجودُه مَصْنوعًا؛ فيَحْتاجُ إلى أنْ يَسْتَصْنِعَ، فلو لم يَجز؛ لَوَقَعَ النّاسُ في الحرَجِ وقد خرج الجوابُ عن قولِه: إنّه معدومٌ؛ لأنّه أُلْحِقَ بالموجودِ لِمساسِ الحاجةِ [إليه] [(٦)]، كالمُسْلَمِ فيه: فلم يكنْ بيعَ ما ليس عندَ الإنسانِ

---

(١) في المخطوط: «لكن».

(٢) يعني حديث: «لا تبع ما ليس عندك».

(٣) أخرجه الترمذي، كتاب الفتن، باب في لزوم الجماعة برقم (٢١٦٧)، والحاكم (١/ ٢٠٠)، واللالكائي في «اعتقاد أهل السنة» (١/ ١٠٦) برقم (١٥٤)، وأبو عمرو الداني في «السنن الواردة في الفتن» (٣/ ٧٤٧) - ٧٤٨ برقم ٣٦٨)، وأبو نعيم في الحلية (٣/ ٣٧) من حديث ابن عمر. وضعفه الألباني في «ضعيف الترمذي» (ص ٢٤٦) برقم (٣٨٢).

(٤) قال الألباني في «السلسلة الضعيفة» (٢/ ١٧) برقم (٥٣٣): «لا أصل له مرفوعا، وإنما ورد موقوفا على ابن مسعود» ا هـ. أخرجه الحاكم (٣/ ٨٣)، كتاب: معرفة الصحابة، باب: أبي بكر الصديق ابن أبي قحافة رضي الله عنهما برقم (٤٤٦٥)، والطبراني في «الأوسط» (٤/ ٥٨) برقم (٣٦٠٢) من قول ابن مسعود رضي الله عنه وحسنه ابن كثير في «تحفة الطالب» (ص٤٥٥)، وابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٨٧).

(٥) في المخطوط: «تدعوه».

(٦) ليست في المخطوط.

على الإطلاقِ؛ ولأنّ فيه معنى عقدَيْنِ جائزينِ، - وهو السّلَمُ والإجارةُ -؛ لأنّ السّلَمَ عقدٌ على مَبيعٍ في الذِّمّةِ، واستِئْجارُ الصُّنّاعِ يُشْتَرَطُ فيه العمَلُ، وما اشتَمَلَ على معنى عقدَيْنِ جائزينِ؛ كان جائزًا.

فصلٌ [في شرائط جوازه]

وأمّا شرائطُ جَوازِه:

فمنها: بيانُ جِنْسِ المصْنوعِ، ونوعِه وقدرِه وصِفَتِه؛ لأنّه لا يصيرُ معلومًا بدونِه.

ومنها: أنْ يكونَ مِمّا يَجْري فيه التّعامُلُ بين النّاسِ - من أواني الحديدِ والرّصاصِ، والنُّحاسِ والزُّجاجِ، والخِفافِ والنِّعالِ، ولُجُمِ الحديدِ للدّوابِّ، ونُصولِ السُّيوفِ، والسّكاكينِ والقِسيِّ، والنّبْلِ والسِّلاحِ كُلِّه، والطست [(١)] والقُمْقُمةِ، ونحوِ ذلك - ولا يجوزُ في الثّياب؛ لأنّ القياسَ يأبَى جَوازَه، وإنّما جَوازُه - استِحْسانًا - لتَعامُلِ النّاسِ، ولا تَعامُلَ في الثّياب.

ومنها أنْ لا يكونَ فيه أجَلٌ، فإنْ ضَرَبَ للاستِصْناعِ أجَلًا؛ صار سَلَمًا حتّى يُعْتَبَرَ فيه شرائطُ السّلَمِ، وهو قَبْضُ البدَلِ في المجلسِ، ولا خيارَ لواحدٍ منهما إذا سَلّمَ الصّانِعُ المصْنوعَ على الوجه الذي شُرِطَ عليه في السّلَمِ وهذا قولُ أبي حنيفةَ رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمّد: هذا ليس بشرطٍ، وهو استِصْناعٌ على كُلِّ حالٍ - ضَرَبَ فيه أجَلًا أو لم يَضْرِبْ - ولو ضَرَبَ للاستِصْناعِ فيما لا يجوزُ فيه الاستِصْناعُ - (كالثّياب ونحوِها) [(٢)] - أجَلًا؛ يَنْقَلِبُ سَلَمًا في قولِهما [(٣)] جميعًا.

وَجهُ قولِهما: أنّ العادةَ جاريةٌ بضَرْب الأجَلِ في الاستِصْناعِ، وإنّما يُقْصَدُ به تعجيلُ العمَلِ لا تَأخيرُ المُطالَبةِ؛ فلا يَخْرُجُ [به] [(٤)] عن كونِه استِصْناعًا، أو يُقالُ: قد يُقْصَدُ بضَرْب الأجَلِ تَأخيرُ المُطالَبةِ، وقد يُقْصَدُ به تعجيلُ العمَلِ؛ فلا يَخْرُجُ العقدُ عن موضوعِه، مع الشّكِّ والاحتمالِ، بخلافِ ما لا يحتملُ الاستِصْناعَ؛ لأنّ ما لا يحتملُ الاستِصْناعَ لا يُقْصَدُ بضَرْب الأجَلِ فيه تعجيلُ العمَلِ؛ فتَعَيّنَ أنْ يكونَ لتَأخيرِ المُطالَبةِ

---

(١) في المطبوع: «الطشت».

(٢) في المخطوط: «ونحوه».

(٣) في المخطوط: «قولهم».

(٤) ليست في المخطوط.

بالدَّيْنِ، وذلك بالسَّلَمِ ولأبي حنيفةَ: رضي الله عنه أنّه إذا ضَرَبَ فيه أَجَلًا؛ فقد أتَى بمعنى السَّلَم؛ إذْ هو عقدٌ على مَبيعٍ في الذِّمّةِ مُؤَجّلًا، والعِبْرةُ في العُقودِ لمَعانيها لا لصوَرِ الألفاظِ ألا تَرَى أنّ البيعَ يَنْعَقِدُ بلفظِ التّمْليكِ، وكذا الإجارةُ، وكذا النِّكاحُ على أصلِنا ولهذا صار سَلَمًا فيما لا يحتملُ الاستِصْناعَ - كذا هذا - ولأنّ التّأجيلَ يختصُّ بالدُّيونِ؛ لأنّه وُضِعَ لتَأخيرِ المُطالَبةِ وتَأخيرُ المُطالَبةِ إنّما يكونُ في عقدٍ فيه مُطالَبةٌ، وليس ذلك إلاّ السَّلَمُ؛ إذْ لا دَيْنَ في الاستِصْناعِ ألا تَرَى أنّ لكُلِّ واحدٍ منهما خيارَ الامتِناعِ من العمَلِ قبل العمَلِ بالاتِّفاقِ، ثُمّ إذا صار سَلَمًا؛ يُراعَى [(١)] فيه شرائطُ السَّلَمِ، فإنْ وُجِدَتْ صَحّ، وإلاّ فلا.

فصل [في حكم الاستصناع]

وأما حكمُ الاستِصناعِ: فهو ثُبوتُ الملكِ للمُسْتَصْنِعِ في العيْنِ المبيعةِ في الذِّمّةِ، وثُبوتُ الملكِ للصّانِعِ في الثّمَنِ ملكًا غيرَ لازِمٍ، على ما سَنَذْكُرُه إنْ شاء اللّه تعالى.

فصل [في صفة الاستصناع]

وأما صِفةُ الاستِصناعِ: فهي أنّه عقدٌ غيرُ لازِمٍ قبل العمَلِ [٢/ ٢٤٦ ب] في الجانِبينِ جميعًا، بلا خلافٍ، حتّى كان لكُلِّ واحدٍ منهما خيارُ الامتِناعِ قبل العمَلِ، كالبيعِ المشْروطِ فيه الخيارُ للمُتَبايِعَيْنِ: أنّ لكُلِّ واحدٍ منهما الفسخَ؛ لأنّ القياسَ يقتَضي أنْ لا يجوزَ؛ لما قُلْنا. وإنّما عَرَفْنا جوازَه استِحْسانًا؛ لتَعامُلِ النّاسِ، فبقيَ اللُّزومُ على أصلِ القياسِ.

وأمّا بعدَ الفراغِ من العمَلِ قبل أنْ يَراه المُسْتَصْنِعُ، فكذلك، حتّى كان للصّانِعِ أنْ يَبيعَه مِمّنْ شاء، كذا ذُكِرَ في الأصلِ؛ لأنّ العقدَ ما وقَعَ على (عَيْنِ المعمولِ، بل) [(٢)] على مثلِه في الذِّمّةِ؛ لما ذَكَرْنا أنّه لو اشترى من مَكان آخَرَ، وسَلّمَ إليه؛ جاز، ولو باعَه الصّانِعُ، وأرادَ المُسْتَصْنِعُ أنْ يُنْقِضَ البيعَ؛ ليس له ذلك، ولو استَهْلَكَه قبل الرُّؤْيةِ؛ فهو كالبائعِ إذا استَهْلَكَ المبيعَ قبل التّسْليمِ، كذا قال أبو يوسُفَ.

---

(١) في المخطوط: «تراعى».
(٢) في المخطوط: «غير المملوك».

فأمّا إذا أَحْضَرَ الصّانِعُ العيْنَ على الصِّفةِ المشْروطةِ؛ فقد سَقَطَ خيارُ الصّانِعِ، وللمُسْتَصْنِعِ الخيارُ؛ لأنّ الصّانِعَ بائعٌ ما لم يَرَه؛ فلا خيارَ له. وأمّا المُسْتَصْنِعُ فمُشْتَري ما لم يَرَه؛ فكان له الخيارُ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ المعقودَ عليه، وإنْ كان معدومًا حقيقةً، فقد أُلْحِقَ بالموجودِ، ليُمْكِنَ [١] القولُ بجَوازِ العقدِ؛ ولأنّ الخيارَ كان ثابتًا لهما قبل الإحضارِ؛ لما ذَكَرْنا أنّ العقدَ غيرُ لازِمٍ، فالصّانِعُ بالإحضارِ أسقَطَ خيارَ نفسِه؛ فبقيَ خيارُ صاحِبه على حالِه - كالبيعِ الذي فيه شرطُ الخيارِ للعاقِدَيْنِ إذا [٢] أسقَطَ أحدُهما خيارَه أنّه يَبْقَى خيارُ الآخَرِ - كذا هذا.

هذا جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ ومحمّدٍ رضي الله عنهم، ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّ لكُلِّ واحدٍ منهما الخيارَ، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ: أنّه لا خيارَ لهما جميعًا.

وَجهُ روايةِ ابي يوسف: أنّ الصّانِعَ قد أفْسَدَ مَتاعَه وقَطَعَ جِلْدَه، وجاءَ بالعمَلِ على الصِّفةِ المشْروطةِ، [فلو كان للمُسْتَصْنِعِ الامتِناعُ من أخذِه؛ لَكان فيه إضْرارٌ بالصّانِعِ، بخلافِ ما إذا قَطَعَ الجِلْدَ ولم يعمل، فقال المُسْتَصْنِعُ: لا أُريدُ؛ لأنّا لا نَدْري أنّ العمَلَ يقعُ على الصِّفةِ المشْروطةِ] [٣] أوّلاً، فلم يكنِ الامتِناعُ منه إضْرارًا بصاحِبه؛ فثَبَتَ الخيارُ.

وَجهُ روايةِ ابي حنيفةَ رحمه الله: أنّ في تخييرِ كُلِّ واحدٍ منهما دَفْعَ الضّرَرِ عنه، وأنّه واجِبٌ، والصّحيحُ جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ في إثباتِ الخيارِ للصّانِعِ (إبطال ما شرطه) [٤] له الاستِصْناعُ، وهو دَفْعُ حاجةِ المُسْتَصْنِعِ؛ لأنّه مَتى ثَبَتَ الخيارُ للصّانِعِ؛ فكُلُّ ما فُرِّغَ عنه يَتْبَعُه من غيرِ المُسْتَصْنِعِ؛ فلا تَنْدَفِعُ حاجةُ المُسْتَصْنِعِ.

وقولُ ابي يوسف: إنّ الصّانِعَ يتضَرّرُ بإثباتِ الخيارِ للمُسْتَصْنِعِ، مُسَلّمٌ، ولكنّ ضَرَرَ المُسْتَصْنِعِ بإبْطال الخيارِ فوْقَ ضَرَرِ الصّانِعِ بإثباتِ الخيارِ للمُسْتَصْنِعِ؛ لأنّ المصنوعَ إذا لم يُلائمْه وطولِبَ بثَمَنِه؛ لا يُمْكِنُه بيعُ المصْنوعِ من غيرِه بقيمةِ مثلِه، ولا يتعذّرُ ذلك على الصّانِعِ؛ لكَثْرةِ مُمارَسَتِه وانتِصابه لذلك؛ ولأنّ المُسْتَصْنِعَ إذا غَرِمَ ثَمَنَه ولم تَنْدفع حاجَتُه؛ لم يَحْصُلْ ما شُرِعَ له الاستِصْناعُ - وهو اندِفاعُ حاجَتِه - فلا بُدّ من إثباتِ الخيارِ

---

(١) في المخطوط: «لتمكن».
(٢) في المخطوط: «فإذا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المطبوع: «ما شُرِعَ».

له، والله - سبحانه وتعالى - الموَفِّقُ.

فإنْ سَلَّمَ إلى حَدّادٍ حَديدًا ليعملَ له إناءً معلومًا بأجرٍ معلومٍ، أو جِلْدًا إلى خَفّافٍ ليعملَ له خُفًّا معلومًا بأجرٍ معلومٍ؛ فذلك جائزٌ ولا خيارَ فيه؛ لأنّ هذا ليس باستِصْناعٍ، بل هو استِئْجارٌ؛ فكان جائزًا فإنْ عَمِلَ كما أُمِرَ؛ استَحقّ الأجرَ، وإنْ [١] أفْسَدَ؛ فلَه أنْ يُضَمِّنَه حَديدًا مثلَه؛ لأنّه لَمّا أفْسَدَه، فكَأنّه أخذ حَديدًا له واتّخذ منه آنيةً من غيرِ إذنِه، والإناءُ للصّانِعِ؛ لأنّ المضْموناتِ تُمْلَكُ بالضّمانِ.

* * *

(١) في المخطوط: «فإن».

كتاب الشفعة

كتاب الشُّفعة

الكلامُ في هذا الكِتاب يقعُ في مواضِعَ:

في بيانِ سبب ثُبوتِ حقِّ الشُّفْعةِ.

وفي بيانِ شرائطِ ثُبوتِ حقِّ الشُّفْعةِ.

وفي بيانِ ما يتأكّدُ به حقُّ الشُّفْعةِ ويَسْتَقِرُّ.

وفي بيانِ ما يَبْطُلُ به حقُّ الشُّفْعةِ بعدَ ثُبوتِه.

وفي بيانِ ما يُمْلَكُ به المشْفوعُ فيه.

وفي بيانِ طريقِ التملك، وبيانِ كيْفيّتِه.

وفي بيانِ شرطِ التَمَلُّكِ.

وفي بيانِ ما يُتَمَلّكُ به.

وفي بيانِ المُتَمَلِّكِ، وفي بيانِ المُتَمَلّكِ منه.

وفي بيانِ حُكمِ اختلافِ الشّفيعِ والمُشْتَري.

وفي بيانِ الحيلةِ في إبْطال الشُّفْعةِ.

وفي بيانِ أنّها مَكروهةٌ أم لا.

أمّا سببُ وجوب الشُّفعةِ: فالكلامُ فيه (في موضِعَيْنِ) [١]:

أحدِهما: في بيانِ ماهيّةِ السّبَب.

والثّاني: في بيانِ كيْفيّتِه.

أمّا الأوّلُ: فسببُ وجوب الشُّفْعةِ أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ الشّرِكةُ في ملكِ المبيعِ، والخُلْطةُ وهي الشّرِكةُ في حُقوقِ الملكِ والجِوارُ، وإنْ شئت قُلْتَ (أحدُ الشّيئَيْنِ) [٢] الشّرِكةُ والجِوارُ، ثُمّ الشّرِكةُ نوعانِ شرِكةٌ في ملكِ المبيعِ [٣] وشرِكةٌ في حُقوقِه كالشُّرْب والطّريقِ

---

(١) في المخطوط: «من وجهين».

(٢) في المخطوط: «شيئين».

(٣) في المخطوط: «الجميع».

وهذا عندَ أصحابنا رضي الله عنهم [١].

وقال الشافعيُّ: السّبَبُ هو الشّركةُ في ملكِ المبيع لا غيرُ [٢] فلا تجبُ الشُّفْعةُ عندَه بالخُلْطةِ، ولا بالجِوارِ. احتجّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «إنما الشُّفعةُ في ما لم يُقسَم، فإذا وقَعتِ الحُدودُ وصُرِفَتِ الطُّرُقُ فلا شُفعةَ» [٣] فصَدْرُ [٤] الحديثِ إثباتُ الشُّفْعةِ في غيرِ المقسومِ ونَفْيُها في المقسومِ؛ لأنّ كلِمةَ «إنّما» لإثباتِ المذكورِ ونَفْيِ ما عَداه، وآخِرُه نَفْيُ الشُّفْعةِ عندَ وُقوعِ الحُدودِ وصَرْفِ الطُّرُقِ، والحُدودُ بينَ الجارَيْنِ واقعةٌ، والطُّرُقُ مَصْروفةٌ فكانتِ الشُّفْعةُ مَنْفيّةً [٥]؛ ولأنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ تَمَلُّكُ مالِ المُشْتَري من غيرِ رِضاه، وعِصْمةُ ملكِه، وكَوْنُ التّمَلُّكِ إضْرارًا يمْنَعُ من ذلك فكان يَنْبَغي أنْ لا يَثْبُتَ حقُّ الأخذِ أصلاً إلاّ أنّا عَرَفْنا ثُبوتَه فيما لم يُقْسَم بالنّصِّ غيرَ معقولِ المعنى فبقيَ الأمرُ في المقسومِ على الأصلِ، أو ثَبَتَ معلولاً بدَفْعِ ضَرَرٍ خاصٍّ، وهو ضَرَرُ القِسْمةِ لكَوْنِه ضَرَرًا لازِمًا ما لا يُمْكِنُ دَفْعُه إلاّ بالشُّفْعةِ. فأمّا ضَرَرُ الجِوارِ فليس بلازِمٍ، بل هو مُمْكِنُ الدّفْعِ بالرّفْعِ إلى السُّلْطانِ [٣/ ١٦٨ ب]، والمُقابَلةِ بنفسِه فلا حاجةَ إلى دَفْعِه بالشُّفْعةِ.

ولنا: ما رُوِيَ أنّه سُئِلَ رسولُ اللّه ﷺ عن أرضٍ بيعَتْ، وليس لها شريكٌ، ولها جارٌ فقال عليه الصلاة والسلام: «الجارُ أحقُّ بشُفعَتِها» [٦] وهذا نصٌّ في الباب.

ورُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «الجارُ أحقُّ بصَقَبه» [٧] والصّقَبُ: المُلاصِقُ [٨]،

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ١٢٠)، تكملة فتح القدير (٩/ ٣٦٩، ٣٧١)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ٥٦)، البناية في شرح الهداية (١٠/ ٣٢٣، ٣٢٩).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: تثبت الشفعة للشريك في الملك، ولا شفعة للجار. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٣٣٥).

(٣) أخرجه البخاري كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، برقم (٢٢٥٧)، وأبو داود، برقم (٣٥١٤)، والترمذي، برقم (١٣٧٠)، وابن ماجه، برقم (٢٤٩٩) من حديث جابر بن عبد الله.

(٤) في المخطوط: «فصار».

(٥) في المخطوط: «منتفية».

(٦) لم أجده بهذا اللفظ. وانظر الآتي.

(٧) أخرجه البخاري، كتاب الحيل، باب احتيال العامل ليهدى له، برقم (٦٩٨١)، وأبو داود، برقم (٣٥١٦)، والنسائي، برقم (٤٧٠٢)، وابن ماجه (٢٤٩٥)، وأحمد (٢٦٦٣٩) من حديث أبي رافع رضي الله عنه.

(٨) في المخطوط: «الملاصقة».

أي: أحقُّ بما يَليه وبما يقرَبُ منه، ورُوِيَ: «الجارُ أحقُّ بشُفعَتِه» (١). وهذا نصٌّ [في الباب] (٢) ولأنّ حقّ الشُّفعةِ بسبب الشّرِكةِ إنّما يَثْبُتُ (٣) لدَفْعِ أذَى الدّخيلِ، وضَرَرِه وذلك مُتَوَقّعُ الوجودِ عندَ المُجاوَرةِ، فوُرودُ الشّرعِ هناك يكونُ وُرودًا هُنا (٤) دَلالةً، وتَعليلُ النّصّ بضَرَرِ القِسْمةِ غيرُ سَديدٍ لأنّ القِسْمةَ ليستْ بضَرَرٍ بل هي تَكميلُ مَنافِعِ الملكِ، وهي ضَرَرٌ غيرُ واجِب الدّفْعِ لأنّ القِسْمةَ مشروعةٌ ولهذا لم تجبِ الشُّفْعةُ بسبب الشّرِكةِ في العُروضِ دَفْعًا لضَرَرِ القِسْمةِ.

وأمّا قوله: يُمْكِنُ دَفْعُ الضّرَرِ بالمُقابَلةِ بنفسِه، والمُرافَعةِ إلى السُّلْطانِ فنَقولُ: وقد لا يَنْدَفِعُ بذلك، ولو اندَفَعَ فالمُقابَلةُ (٥) والمُرافَعةُ (في نفسِها ضَرَرٌ) (٦)، وضَرَرُ الجارِ السّوءِ يَكثُرُ وجودُه في كُلِّ ساعةٍ فيَبْقَى في ضَرَرٍ دائمٍ.

وأمّا الحديث: فليس في صَدْرِه نَفْيُ الشُّفْعةِ عن المقسوم لأنّ كلِمةَ «إنّما» لا تقتضي نَفْيَ غيرِ المذكورِ قال اللّه تَبارَكَ وتعالى: ﴿إِنَّمَآ أَنَا۠ بَشَرٌ مِّثۡلُكُمۡ﴾ [الكهف: ١١٠] وهذا لا يَنْفي أنْ يكونَ غيرُه عليه الصلاة والسلام بَشرًا مثلَه (٧)، وآخِرُه حُجّةٌ عليه لأنّه عَلّقَ عليه الصلاة والسلام سُقوطَ الشُّفْعةِ بشرطَيْنِ: وُقوعِ الحُدودِ، وصَرْفِ الطُّرُقِ، والمُعَلّقُ بشرطَيْنِ لا يُتْرَكُ عندَ وجودِ أحدِهما، وعندَه يَسْقُطُ بشرطٍ واحدٍ وهو وُقوعُ الحُدودِ، وإنْ لم تُصْرَفِ الطُّرُقُ ثُمّ هو مُؤَوّلٌ وتَأويلُه فإذا وقَعَتِ الحُدودُ فتَبايَنَتْ وصُرِفَتِ الطُّرُقُ فتَباعَدَتْ فلا شُفْعةَ أو لا شُفْعةَ مع وجودِ مَنْ لم يَنْفَصِلْ حَدُّه، وطريقُه أو فلا شُفْعةَ بالقِسْمةِ، كما لا شُفْعةَ بالرّدِّ بخيارِ الرُّؤْيةِ؛ لأنّ في القِسْمةِ معنى المُبادَلةِ فكان موضِعَ الإشْكالِ فأخبَرَ أنّه لا شُفْعةَ ليَزولَ الإشْكالُ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ بالصّواب.

وأمّا بيانُ كيفيّةِ السّبَب: فالكلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

أحدهما: يَعُمُّ حالَ انفِرادِ الأسباب واجتماعِها.

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الشفعة، برقم (٣٥١٨)، والترمذي (١٣٦٩)، وابن ماجه (٢٤٩٤) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما. وصححه الألباني.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ثبت».
(٤) في المخطوط: «ههنا».
(٥) في المخطوط: «بالمقابلة».
(٦) في المخطوط: «في ضرر نفسها».
(٧) في المخطوط: «مثلهم».

والثّاني: يَخُصُّ حالةَ الاجتماعِ.

أمّا الذي يَعُمُّ الحالَيْنِ جميعًا فهو أنّ السّببَ أصلُ الشّرِكةِ لا قدرُها، وأصلُ الجِوارِ لا قدرُه حتّى لو كان للدّارِ شريكٌ واحدٌ، أو جارٌ واحدٌ أخذ كُلّ الدّارِ بالشُّفْعةِ كثُرَ شرِكَتُه وجِوارُه، أو قَلّ.

وعلى هذا يُخَرّجُ قولُ أصحابنا رضي الله عنهم في قِسْمةِ الشُّفْعةِ بين الشُّرَكاءِ عندَ اتِّحادِ السّببِ وهو الشّرِكةُ، أو الجِوارُ؛ أنّها تُقَسّمُ على عَدَدِ [١] الرُّءوسِ لا على قدرِ الشّرِكةِ وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله على قدرِ الشّرِكةِ في ملكِ المبيعِ حتّى لو كانتِ الدّارُ بين ثلاثةِ نَفَرٍ، لأحدِهم نصفُها، وللآخرِ ثُلُثُها، ولِآخَرِ [٢] سُدُسُها، فباعَ صاحِبُ النِّصفِ نصيبَه كانتِ الشُّفْعةُ بين الباقينَ [٣] نصفَيْنِ [٤] عندَنا على عَدَدِ الرُّءوسِ، وعندَه أثلاثًا ثُلُثاه لصاحِبِ الثُّلُثِ، وثُلُثُه لصاحِبِ السُّدُسِ على قدرِ الشّرِكةِ [٥].

وَجْهُ قولِه: أنّ حقّ الشُّفْعةِ من حُقوقِ الملكِ؛ لأنّه ثَبَتَ لتَكميلِ مَنافِعِ الملكِ فيتقَدّرُ بقدرِ الملكِ كالثّمَرةِ والغلّةِ.

ولنا: أنّ السّببَ في موضِعِ الشّرِكةِ أصلُ الشّرِكةِ، وقد استَوَيا فيه فيَسْتَويانِ في الاستِحْقاقِ، والدّليلُ على أنّ السّببَ أصلُ الشّرِكةِ دَلالةُ الإجماعِ، والمعقولِ، أمّا دَلالةُ الإجماعِ؛ فلأنّ [٦] الشّفيعَ إذا كان واحدًا يأخُذُ كُلّ الدّارِ بالشُّفْعةِ، ولو كان السّبَبُ قدرَ الشّرِكةِ لَتَقَدّرَ [٧] حقُّ الأخذِ بقدرِها.

وأمّا المعقولُ: فلأنّ حقّ الشُّفْعةِ إنّما يَثْبُتُ لدَفْعِ أذَى الدّخيلِ وضَرَرِه، والضّرَرُ لا يَنْدَفِعُ

---

(١) في المخطوط: «قدر». (٢) في المخطوط: «وللآخر».

(٣) في المخطوط: «الباقيين».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ١٢١)، تكملة فتح القدير (٩/ ٣٧٧، ٣٧٨)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤٤)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ٦٦)، البناية (١٠/ ٣٤٧).

(٥) وفي بيان مذهب الشافعية: أن الشفعة إذا تساوى فيها نصيب الشركاء فيوزع الشقص المشفوع فيه عليهم بالسوية، وإن اختلف نصيب كل واحدٍ منهم فقولان:

أظهرهما وهو الجديد: أن الشفعة بينهم على قدر أنصبائهم.

والثاني: أن الشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، وبه أخذ المزني. انظر: الوسيط (٤/ ٩٤)، الروضة (٥/ ١٠٠)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٥)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٣).

(٦) في المخطوط: «فإن».

(٧) في المخطوط: «لتعذر».

إلاّ بأخذِ كُلِّ الدّارِ بالشُّفعةِ فدَلّ أنّ سببَ الاستِحْقاقِ في الشّرِكةِ هو أصلُ الشّرِكةِ وقد استَوَيا فيه فبعدَ ذلك لا يَخلو إمّا أنْ يأخُذَ أحدُهما الكُلّ دونَ صاحِبه، وإمّا أنْ يأخُذَ كُلُّ واحِدٍ منهما الكُلّ لا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّه ليس أحدُهما بأولى من صاحِبه، ولا سبيلَ إلى الثّاني لاستِحالةِ تَمَلُّكِ دارٍ واحدةٍ في زَمانٍ واحدٍ من اثنَيْنِ على الكمالِ فتُنصّفُ بينهما عَمَلاً بكَمالِ السّبَب [بقدرِ الإمكانِ. ومثلُ هذا جائزٌ فإنّ مَنْ هَلَكَ عن ابنَيْنِ كان ميراثُه بينهما نصفَيْنِ؛ لأنّ بُنوّةَ كُلِّ واحدٍ منهما سببٌ] [١] لاستِحْقاقِ كُلِّ الميراثِ إلاّ أنّه لا يُمْكِنُ إثباتُ الملكِ في مالٍ واحدٍ لكُلِّ واحدٍ [٣/ ١٦٩ أ] منهما على الكمالِ لتَضايُقِ المحَلِّ فيُنصّفُ بينهما فكذا هذا.

وكذلك إذا كان لدارٍ واحدةٍ شَفيعانِ جارانِ جِوارُهما على التّفاوُتِ بأنْ كان جِوارُ أحدِهما بخمسةِ أسداسِ الدّارِ، وجِوارُ الآخَرِ لسُدُسِها كانتِ الشُّفْعةُ بينهما نصفَيْنِ لاستِوائهما في سبب الاستِحْقاقِ وهو أصلُ الجِوارِ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا كان للدّارِ شَفيعانِ؛ فأسقَطَ أحدُهما الشُّفْعةَ أنّ للآخَرِ أنْ يأخُذَ كُلّ الدّارِ بالشُّفْعةِ لوجودِ سبب (الاستِحْقاقِ للكُلِّ) [٢] في حقِّ كُلِّ واحدٍ منهما، وإنّما القِسْمةُ للتّزاحُمِ والتّعارُضِ على ما بيّنّا، فإذا أسقَطَ أحدُهما زالَ التّزاحُمُ، والتّعارُضُ فظَهَرَ حقُّ الآخَرِ في الكُلِّ، فيأخُذَ الكُلّ.

وكذلك لو كان الشُّفَعاءُ جَماعةً فأسقَطَ بعضُهم حقّه فللباقينَ أنْ يأخُذوا الكُلّ بالشُّفْعةِ لما قُلْنا.

ولو كان للدّارِ شَفيعانِ وأحدُهما غائبٌ، فللحاضِرِ أنْ يأخُذَ كُلّ الدّارِ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ سببَ ثُبوتِ الحقِّ على الكمالِ وُجِدَ في حقِّه وقد تَأكّدَ حقُّه بالطّلَب ولم يُعْرَفْ تَأكُّدُ حقِّ الغائب بالطلب؛ لأنّه مُحْتَمَلٌ يُحْتَمَلُ أنْ يَطْلُبَ، ويُحْتَمَلُ أنْ [٣] لا يَطْلُبَ، أو يُعْرِضَ فلم يقع التّعارُضُ والتّزاحُمُ فلا يمْنَعُ الحاضِرَ من استيفاءِ حقِّه الثّابتِ المُتَأكِّدِ بحقٍّ [٤] يحتملُ التّأكُّدَ، والعدمَ بل يُقْضَى له بالكُلِّ عَمَلاً بكَمالِ السّبَب من غيرِ تَعارُضٍ بخلافِ ما إذا كان لرجلَيْنِ على رجلٍ ألفُ [٥] درهمٍ فهَلَكَ الرّجُلُ وترك ألفَ درهمٍ، وأحدُ صاحِبي الدّينِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «استحقاق الكل».
(٣) في المخطوط: «أنه».
(٤) في المخطوط: «لحق».
(٥) في المخطوط: «ألفى».

غائبٌ أنّه لا يُسَلِّمُ إلى الحاضِرِ إلاّ خمسُمائةٍ، لأنّ هناك حقُّ كُلِّ واحدٍ منهما يُساوي حقّ الآخَرِ في التّأكُّدِ فيُقْسَمُ بينهما على السّويّةِ لوُقوعِ التّعارُضِ والتّزاحُمِ.

وكذلك لو كان للدّارِ شُفَعاءُ بعضُهم غائبٌ، وبعضُهم حاضِرٌ يُقْضَى بالدّارِ بين الحُضورِ على عَدَدِ رُءوسِهم لما قُلْنا ولو جعل بعضُهم نصيبَه لبعضٍ، لم يصحّ [١] جَعْلُه في حقّ غيرِه وسَقَطَ حقُّ الجاعِلِ، وقُسِّمَتْ على عَدَدِ رُءوسِ مَنْ بقيَ؛ لأنّ حقّ الشُّفْعةِ مِمّا لا يحتملُ النّقْلَ؛ لأنّه ليس بأمرٍ ثابتٍ في المحَلِّ فبَطَلَ الجعْلُ في حقّ غيرِه، وسَقَطَ حقُّه لكَوْنِ الجعْلِ دَليلَ الإعراضِ وبقي كُلُّ الدّارِ بين الباقينَ فيُقَسِّمونَها على عَدَدِ الرُّءوسِ لما ذَكَرْنا.

ولو كان أحدُهم حاضِرًا فقُضيَ له بكُلِّ الدّارِ، ثُمّ جاءَ آخَرُ يُقْضَى له بنصفِ ما في يَدِ الحاضِرِ، فإنْ جاءَ ثالِثٌ يُقْضَى له بثُلُثِ ما في يَدِ كُلِّ واحد منهما لوُقوعِ التّعارُضِ والتّزاحُمِ، لاستِواءِ الكُلِّ في سبب ثُبوتِ الحقّ وتأكُّدِه فيُقْسَمُ بينهم على السّويّةِ.

ولو أخذ الحاضِرُ الكُلّ ثُمّ قَدِمَ الغائبُ وأرادَ [٢] أنْ يأخُذَ النّصفَ فقال له الحاضِرُ: أنا أُسَلِّمُ لَك الكُلّ فإمّا أنْ تأخُذَ، أو تَدَعَ فليس له ذلك، ولِلّذي قَدِمَ أنْ يأخُذَ النّصفَ؛ لأنّ القاضيَ لَمّا قضَى للحاضِرِ بكُلِّ الدّارِ تَضَمّنَ قضاؤُه بُطْلانَ حقّ الغائب عن النّصفِ، وصار الغائبُ مقضيًّا عليه في ضِمْنِ القضاءِ للحاضِرِ بالكُلِّ فبَعْدَ ذلك، وإنْ بَطَلَ القضاءُ لكنّ الحقّ بعدَما بَطَلَ لا يُتَصَوّرُ عَوْدُه، ولو قضَى بالدّارِ للحاضِرِ ثُمّ وجَدَ به عَيْبًا فرَدّه ثُمّ قَدِمَ الغائبُ فليس له أنْ يأخُذَ بالبيعِ الأوّلِ إلاّ نصفَ الدّارِ سَواءٌ كان الرّدُّ بالعيب بقضاءٍ، أو بغيرِ قضاءٍ وسَواءٌ كان قبل القبْضِ أو بعدَه لما ذَكَرْنا أنّه لَمّا قضَى القاضي للحاضِرِ بكُلِّ الدّارِ بالشُّفْعةِ فقد أبْطَلَ حقّ الغائب عن النّصفِ وصار هو مقضيًّا عليه ضَرورةَ القضاءِ على المُشْتَري فبَطَلَتْ شُفْعَتُه في هذا النّصفِ فلا يُحْتَمَلُ العوْدُ سَواءٌ كان الرّدُّ بالعيب بقضاءٍ، أو بغيرِ قضاءٍ؛ لأنّه إنّما بَطَلَ حقُّه في النّصفِ بالقضاءِ بالشُّفْعةِ، وبالرّدِّ بالعيب (لا يتبيّنُ) [٣] أنّ القضاءَ بالشُّفْعةِ لم يكنْ، وكذا يَسْتَوي فيه الرّدُّ قبل القبْضِ وبعدَه لما قُلْنا.

---

(١) في المخطوط: «يصلح». (٢) في المخطوط: «فأراد».

(٣) في المخطوط: «لأنه تبين».

ولو أرادَ الغائبُ أنْ يأخُذَ كُلّ الدّارِ بالشُّفْعةِ برَدِّ الحاضِرِ بالعيب ويَدَعَ البيعَ الأوّلَ، يَنْظُرُ إنْ كان الرّدُّ بغيرِ قضاءٍ فلَه ذلك؛ لأنّ الرّدّ بغيرِ قضاءٍ بيعٌ مُطْلَقٌ فكان بيعًا جَديدًا في حقِّ الشُّفْعةِ فيأخُذَ [١] الكُلّ بالشُّفْعةِ كما يأخُذُ بالبيعِ المُبْتَدَإِ هكذا ذَكَرَ محمّدٌ وأطْلَقَ الجوابَ ولم يُفَصِّلْ بينما [٢] إذا كان الرّدُّ [بالعيب] [٣] قبلَ القبْضِ أو بعدَه من مَشايِخِنا مَنْ قال: ما ذُكِرَ من الجواب محمولٌ على ما بعدَ القبْضِ؛ لأنّ الرّدّ قبل القبْضِ بغيرِ قضاءٍ [٣/ ١٦٩ ب] بيعٌ جَديدٌ، وبيعُ العقارِ قبل القبْضِ لا يجوزُ على أصلِه وإنّما يَسْتَقيمُ إطلاقُ الجواب على أصلِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُف رحمهما الله.

ومنهم مَنْ قال: يَسْتَقيمُ على مذهب الكُلِّ؛ لأنّ رِضا الشّفيعِ ههنا غيرُ مُعْتَبَرٍ لكَوْنِه مجبورًا في التملك فكان رِضاه مُلْحقًا بالعدَمِ، وإنْ كان بقضاءٍ فليس له أنْ يأخُذَ؛ لأنّه فسْخٌ مُطْلَقٌ، ورَفْعُ العقدِ من الأصلِ كأنّه لم يكنْ، والأخذُ بالشُّفْعةِ يختصُّ بالبيعِ.

ولو اطّلَعَ الحاضِرُ على عَيْبٍ قبل أنْ يُقْضَى له بالشُّفْعةِ فسَلّمَ الشُّفْعةَ ثُمّ قَدِمَ الغائبُ فإنْ شاء أخذ الكُلّ، وإنْ شاء ترك؛ لأنّ القاضيَ إذا لم يقضِ بالشُّفْعةِ للحاضِرِ لم [٤] يَبْطُلْ حقُّ الغائب بل بقيَ في كُلِّ الدّارِ لوجودِ سبب استِحْقاقِ الكُلِّ إلاّ أنّه لم يَظْهَرْ لمُزاحَمةِ حق الحاضِرِ في الكُلِّ وبالتّسْليمِ زالَتِ المُزاحَمةُ فظَهَرَ حقُّ الغائب في كُلِّ الدّارِ.

ولو رَدّ الحاضِرُ الدّارَ بالعيب بعدَ ما قُضيَ له بالشُّفْعةِ ثُمّ حَضَرَ شَفيعانِ أخذا ثُلُثَي الدّارِ بالشُّفْعةِ، والحُكمُ في الاثنَيْنِ والثّلاثِ سَواءٌ يَسْقُطُ [٥] حقُّ الغائب بقدرِ حِصّةِ الحاضِرِ لما قُلْنا.

وكذا لو كان الشّفيعُ الحاضِرُ اشترى الدّارَ من المُشْتَري ثُمّ حَضَرَ الغائبُ فإنْ شاء أخذ كُلّ الدّارِ بالبيعِ الأوّلِ، وإنْ شاء أخذ كُلّها بالبيعِ الثّاني؛ أمّا الأخذُ بالبيعِ الأوّلِ؛ فلأنّ حقّ الحاضِرِ في الشُّفْعةِ قد بَطَلَ بالشِّراءِ من المُشْتَري لكَوْنِ الشِّراءِ منه دَليلَ الإعراضِ فزالَتِ المُزاحَمةُ الموجِبةُ للقِسْمةِ فبقيَ حقُّ الغائب في كُلِّ الدّارِ فيأخُذُ الكُلّ بالبيعِ الأوّلِ إنْ شاء بخلافِ الشّفيعِ إذا اشترى الدّارَ المشفوعةَ من صاحِبها أنّه لا تَبْطُلُ شُفْعَتُه؛ لأنّ البُطْلانَ

---

(١) في المخطوط: «وأخذ».
(٢) في المخطوط: «بينهما».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فلم».
(٥) في المخطوط: «سقط».

بالإقدامِ على الشِّراءِ ولا حقّ له قبل الشِّراءِ ليَبْطُلَ به.

وأمّا الأخذُ بالبيعِ الثّاني؛ فلأنّ البيعَ الثّانيَ وُجِدَ ولا حقّ للحاضِرِ في الشُّفْعةِ لصَيْرورَتِه مُعْرِضًا بالشِّراءِ، فيَظْهَرُ حقُّ الأخذِ بالكُلِّ [١]، ولو كان المُشْتَري الأوّلُ شَفيعًا للدّارِ فاشتَراها الشّفيعُ الحاضِرُ منه ثُمّ قَدِمَ الغائبُ فإنْ شاء أخذ نصفَ الدّارِ بالبيعِ الأوّلِ، وإنْ شاء أخذ كُلّها بالبيعِ الثّاني.

أمّا أخذُ النِّصفِ بالبيعِ الأوّلِ؛ فلأنّ المُشْتَريَ الأوّلَ لم يَثْبُتْ له حقٌّ قبل الشِّراءِ حتّى يكونَ بشرائه مُعْرِضًا عنه، فإذا باعَه من الشّفيعِ الحاضِرِ لم يَثْبُتْ للغائب إلاّ مِقْدارُ ما كان يَخُصُّه بالمُزاحَمةِ مع الأوّلِ وهو النِّصفُ.

وأمّا أخذُ الكُلِّ بالعقدِ الثّاني؛ فلأنّ السّبَبَ عندَ البيعِ الأوّلِ أوجَبَ الشُّفْعةَ للكُلِّ في الدّارِ وقد بَطَلَ حقُّ الشّفيعِ الحاضِرِ بالشِّراءِ لكَوْنِ الشِّراءِ دَليلَ الإعراضِ فبقيَ حقُّ المُشْتَري الأوّلِ، والغائب في كُلِّ الدّارِ فيُقْسَمُ بينهما للتّزاحُم فيأخُذُ الغائبُ نصفَ الدّارِ بالبيعِ الأوّلِ إنْ شاء، وإنْ شاء أخذ الكُلّ بالعقدِ الثّاني؛ لأنّ السّبَبَ عندَ العقدِ الثّاني أوجَبَ للشّفيعِ حقّ الشُّفْعةِ ثُمّ بَطَلَ حقُّ الشّفيعِ الحاضِرِ عندَ [٢] العقدِ الأوّلِ ولم يتعلّقْ بإقدامِه على الشِّراءِ الثّاني بعقدِه حقٌّ لإعراضِه فكان للغائب أنْ يأخُذَ كُلّ الدّارِ بالعقدِ الثّاني.

ولو كان المُشْتَري الأوّلُ أجنبيًّا اشتَراها بألفٍ فباعَها من أجنَبيٍّ بألفَيْنِ ثُمّ حضَرَ الشّفيعُ، فالشّفيعُ بالخيارِ إنْ شاء أخذ بالبيعِ الأوّلِ وإنْ شاء أخذ بالبيعِ الثّاني لوجودِ سبب الاستِحْقاقِ، وشرطِه عندَ كُلِّ واحدٍ من البيعَيْنِ فكان له الخيارُ فإنْ أخذ بالبيعِ الأوّلِ سَلّمَ الثّمَنَ إلى المُشْتَري الأوّلِ، والعُهْدةُ عليه ويَنْفَسِخُ البيعُ الثّاني ويَسْتَرِدُّ المُشْتَري الثّاني الثّمَنَ من الأوّلِ، وإنْ أخذ بالبيعِ الثّاني تَمّ البيعانِ جميعًا والعُهْدةُ على الثّاني غيرَ أنّه إنْ وجَدَ المُشْتَرِيَ الثّانيَ، والدّارُ في يَدِه فلَه أنْ يأخُذَ بالبيعِ الثّاني سَواءٌ كان المُشْتَري الأوّلُ حاضِرًا، أو غائبًا، وإنْ أرادَ أنْ يأخُذَ بالبيعِ الأوّلِ فليس له ذلك حتّى يَحْضُرَ المُشْتَري الأوّلُ والثّاني هكذا، ذَكَرَ القاضي الإمامُ الإسبيجابيُّ - عليه الرّحمةُ - في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ ولم يَحْكِ خلافًا.

---

(١) في المخطوط: «في الكل».

(٢) في المخطوط: «عن».

وذَكَرَ الكَرْخيُّ - عليه الرّحمةُ -: أنّ هذا قولُ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ - عليهما الرّحمةُ - وعندَ أبي يوسُفَ رحمه الله: حَضْرةُ الأوّلِ ليستْ بشرطٍ ولِلشّفيعِ أنْ يأخُذَ من الذي في يَدِه ويَدْفَعَ إليه ألفًا ويُقالُ له: اتْبَعِ الأوّلَ وخُذْ منه [٣/ ١٧٠ أ] ألفًا، وإنْ كان الثّاني اشتَراه بألفٍ يُؤْخَذُ [١] منه ويَدْفَعُ إليه ألفًا.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ حقّ الشُّفْعةِ حقٌّ مُتَعَلّقٌ بعَيْنِ الدّارِ فلا يُشْتَرَطُ لاستيفائه حَضْرةُ المُشْتَري [الأول] [٢].

وَجْهُ قولِهما: أنّ الأخذَ من غيرِ حَضْرةِ المُشْتَري الأوّلِ يكونُ قضاءً على الغائب، لأنّ الأخذَ بالبيعِ الأوّلِ يوجِبُ انفِساخَ البيعِ الأوّلِ على المُشْتَري الأوّلِ على ما نَذْكُره [٣] في موضِعِه إنْ شاء اللّه تَبارَكَ وتعالى، فيكونُ قضاءً على الغائب من غيرِ أنْ يكونَ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ وأنّه لا يجوزُ، وقولُه: حقُّ الشُّفْعةِ مُتَعَلِّقٌ بالعيْنِ مَمْنوعٌ بل لا حقّ في العيْنِ وإنّما الثّابتُ حقُّ التّمْليكِ على المُشْتَري فلا بُدّ من حَضْرَتِه ولو كان المُشْتَري باعَ نصفَ الدّارِ ولم يَبِعْ جميعَها، فجاءَ الشّفيعُ وأرادَ [٤] أنْ يأخُذَ بالبيعِ الأوّلِ أخذ [٥] جميعَ الدّارِ ويَبْطُلُ البيعُ في النِّصفِ الثّاني من المُشْتَري الثّاني؛ لأنّ سببَ استِحْقاقِ الجميعِ [٦]، وشرطَه موجودٌ عندَ البيعِ الأوّلِ فإذا أخذ الكُلّ بالبيعِ الأوّلِ انفَسَخَ البيعُ في النِّصفِ الثّاني من المُشْتَري؛ لأنّه تَبيّنَ أنّه مقدم على حقّ الشّفيعِ في قدرِ النِّصفِ.

وإنْ أرادَ أنْ يأخُذَ النِّصفَ بالبيعِ الثّاني فلَه ذلك؛ لأنّ شرطَ الاستِحْقاقِ وهو البيعُ وُجِدَ في النِّصفِ، وبَطَلَتْ شُفْعَتُه في النِّصفِ الذي في يَدِ المُشْتَري الأوّلِ لوجودِ دَليلِ الإعراضِ.

ولو كان المُشْتَري لم يَبِعِ الدّارَ ولكنّه وهَبَها من رجلٍ، أو تَصدّقَ بها على رجلٍ وقَبَضَها [٧] الموهوبُ له أو [٨] المُتَصَدّقُ عليه، ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ والمُشْتَري والموهوبُ له حاضِرانِ، أخذها الشّفيعُ بالبيعِ لا بالهِبةِ؛ لأنّ كونَ العقدِ مُعاوَضةً من شرائطِ

(١) في المخطوط: «يأخذ».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «نذكر».
(٤) في المخطوط: «فأراد».
(٥) في المخطوط: «فأخذ».
(٦) في المخطوط: «الجمع».
(٧) في المخطوط: «وقبض».
(٨) في المخطوط: «و».

الاستِحْقاقِ على ما نَذْكُره إنْ شاء اللّه تعالى ولا بُدّ من حَضْرةِ المُشْتَري حتّى لو حَضَرَ الشّفيعُ ووَجَدَ الموهوبَ له فلا خُصومةَ معه حتّى يجدَ المُشْتَري فيأخُذَها بالبيعِ الأوّلِ، والثّمَنُ لَلْمُشْتَري وتَبْطُلُ الهِبةُ كذا ذَكَرَ القاضي من غيرِ خلافٍ.

وأمّا الكرخيّ: فقد جَعَلَه على الخلافِ الذي ذَكَرْنا أنّ الذي في يَدِه [(١)] الدّارُ وهو الموهوب له لم يكنْ خَصْمًا عندَهما، وعندَ أبي يوسُفَ يكونُ خَصْمًا كما في البيعِ؛ ولو وهَبَ المُشْتَري نصفَ الدّارِ مقسومًا وسَلّمَه إلى الموهوب له ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ وأرادَ أنْ يأخُذَ النّصفَ الباقيَ بنصفِ الثّمَنِ ليس له ذلك ولكنّه يأخُذُ جميعَ الدّارِ بجميعِ الثّمَنِ، أو يَدَعُ؛ لأنّ في أخذِ البعضِ دونَ البعضِ تَفْريقَ الصّفْقةِ على المُشْتَري، وإذا أخذ الكُلّ بَطَلَتِ الهِبةُ وكان الثّمَنُ كُلُّه لَلْمُشْتَري لا للموهوب له.

ولو اشترى دارًا بألفٍ ثُمّ باعَها بألفَيْنِ فعَلِمَ الشّفيعُ بالبيعِ الثّاني ولم يعلم بالبيعِ الأوّلِ فأخذها بقضاءٍ، أو بغيرِ قضاءٍ، ثُمّ عَلِمَ أنّ البيعَ الأوّلَ كان بألفٍ فليس له أنْ يَنْقُضَ أخذَه؛ لأنّه لَمّا أخذها بالبيعِ الثّاني فقد مَلَكَها، وحقُّ التّمْليكِ [(٢)] بالبيعِ الأوّلِ بعدَ ثُبوتِ الملكِ له لا يُتَصَوّرُ فسَقَطَ حقُّه في الشُّفْعةِ في البيعِ الأوّلِ ضَرورةَ ثُبوتِ الملكِ له، والثّابتُ ضَرورةً يَسْتَوي فيه العلمُ والجهْلُ.

فإنِ اشتَراها بألفٍ ثُمّ زادَه في الثّمَنِ ألفًا فعَلِمَ الشّفيعُ بالألفَيْنِ ولم يعلم أنّ الألفَ زيادةٌ فأخذها بألفَيْنِ فإذا أخذ بقضاءِ القاضي أبْطَلَ القاضي الزّيادةَ وقضَى له بالألفِ؛ لأنّ الزّيادةَ غيرُ ثابتةٍ شرعًا في حقّ الشّفيعِ فكان القضاءُ بالزّيادةِ قضاءً بما ليس بثابتٍ فيُبْطِلُها القاضي، وإنْ أخذها بغيرِ قضاءٍ فليس له أنْ يَنْقُضَ أخذَه؛ لأنّ الأخذَ بغيرِ قضاءٍ بمنزلةِ شراءٍ مُبْتَدَإٍ فسَقَطَ حقُّه في الشُّفْعةِ.

ولو كان المُشْتَري حين اشتَراه بألفٍ ناقضَه البيعَ ثُمّ اشتَراه بألفَيْنِ فأخذ الشّفيعُ بألفَيْنِ ولم يعلم بالبيعِ الأوّلِ، ثُمّ عَلِمَ به لم يكنْ له أنْ يَنْقُضَه سَواءٌ كان بقضاءٍ، أو بغيرِ قضاءٍ؛ لأنّه اجتَمع بيعانِ لا يُمْكِنُ الأخذُ بهما فإذا أخذ بأحدِهما انتَقضَ الآخَرُ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

---

(١) في المخطوط: «يديه».
(٢) في المخطوط: «التملك».

وإذا كان للدّارِ جارانِ أحدُهما غائبٌ والآخَرُ حاضِرٌ، فخاصَمَ الحاضِرُ إلى قاضٍ [لا] [١] يَرَى الشُّفعةَ بالجِوارِ، فأبْطَلَ شُفعَتَه، ثُمّ حَضرَ الغائبُ فخاصَمَه إلى قاضٍ يَرَى الشُّفْعةَ قضَى له بجميعِ الدّارِ؛ لأنّ قضاءَ القاضي الأوّلِ صادَفَ مَحلّ الاجتِهادِ فنَفَذَ، وبَطَلَتْ [٢] شُفْعةُ الحاضِرِ، فبقيَ حقُّ الغائب في كُلِّ الدّارِ لوجودِ سبب استِحْقاقِ الكُلِّ فيأخُذَ [٣/ ١٧٠ ب] الكُلّ بالشُّفْعةِ ولو كان القاضي الأوّلُ قال: أبْطَلْتُ كُلّ الشُّفْعةِ التي تَتَعَلّقُ بهذا البيعِ لم تَبْطُلْ شُفْعةُ الغائب كذا قاله [٣] محمّدٌ رحمه الله وهو صَحيحٌ؛ لأنّه [٤] قضاءٌ على الغائب، وأنّه لا يجوزُ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأمّا الذي يَخُصُّ حالةَ الاجتماعِ: فهو أنّ أسبابَ [٥] استِحْقاقِ الشُّفْعةِ إذا اجتَمعتْ يُراعَى فيها التّرْتيبُ فيُقَدّمُ [٦] الأقوَى فالأقوَى، فيُقَدّمُ الشّريكُ على الخليطِ، والخليطُ على الجارِ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**الشّريكُ أحقُّ من الخليطِ، والخليطُ أحقُّ من الجار** [٧]» [٨]؛ ولأنّ المُؤَثِّرَ في ثُبوتِ حقِّ الشُّفْعةِ هو دَفْعُ ضَرَرِ الدّخيلِ وأذاه، وسببُ وُصولِ [٩] الضّرَرِ والأذَى هو الاتّصالُ، والاتّصالُ على هذه المراتِب، فالاتّصالُ بالشّرِكةِ في عَيْنِ المبيعِ [١٠] أقوَى من الاتّصالِ بالخلطِ [١١]، والاتّصالُ بالخلطِ أقوَى من الاتّصالِ بالجِوارِ، والتّرْجيحُ بقوّةِ التّأثيرِ تَرْجيحٌ صَحيحٌ، فإنْ سَلّمَ الشّريكُ وجَبَتْ [الشفعة] [١٢] للخَليطِ.

وإنِ اجتَمع خَليطانِ يُقَدّمُ الأخصُّ على الأعَمِّ، وإنْ سَلّمَ الخليطُ وجَبَتْ للجارِ لما قُلْنا، وهذا جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه إذا سَلّمَ الشّريكُ فلا شُفْعةَ لغيرِه. وَجْهُ (رِوايةِ أبي يوسُف) [١٣]: أنّ الحقّ عندَ البيعِ كان للشّريكِ لا لغيرِه ألا تَرَى أنّ غيرَه لا يملِكُ المُطالَبةَ؟ فإذا سَلّمَ سَقَطَ الحقُّ أصلاً؟ والصّحيحُ جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وبطل».
(٣) في المخطوط: «قال».
(٤) في المخطوط: «لأن هذا».
(٥) في المخطوط: «سبب».
(٦) في المخطوط: «فيقدر».
(٧) في المخطوط: «الجار».
(٨) لم أقف عليه، وانظر نصب الراية (٤/ ١٧٦)، والدراية (٢/ ٢٠٣).
(٩) في المخطوط: «وجود».
(١٠) في المخطوط: «المنع».
(١١) في المخطوط: «بالخلطة».
(١٢) زيادة من المخطوط.
(١٣) في المخطوط: «روايته».

لأنّ كُلّ واحدٍ من هذه الأشياءِ الثّلاثةِ سببٌ صالِحٌ للاستِحْقاقِ، إلاّ أنّه يُرَجّحُ البعضُ على البعضِ لقوّةٍ في التّأثيرِ على ما بيّنّا، فإذا سَلّمَ الشّريكُ التَحقَتْ شرِكَتُه بالعدَمِ وجُعِلَتْ[1] كأنّها لم تكُنْ فيُراعَى التّرْتيبُ في الباقي، كما لو اجتَمعتِ[2] الخُلْطةُ والجِوارُ ابتِداءً.

وبيانُ (هذا في مسائلَ)[3]: دارٌ بين رجلَيْنِ في سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ طريقُها من هذه السِّكّةِ باع أحدُهما نصيبَه، فالشُّفْعةُ لشريكِه؛ لأنّ شرِكَتَه في عَيْنِ الدّارِ، وشرِكةَ أهلِ السِّكّةِ في الحُقوقِ، فكان الشّريكُ في عَيْنِ الدّارِ أولى بالشُّفْعةِ فإذا سَلّمَ فالشُّفْعةُ لأهلِ السِّكّةِ كُلِّهم، يَسْتَوي فيه المُلاصِقُ وغيرُ المُلاصِقِ؛ لأنّهم[4] كُلُّهم خُلَطاءُ في الطّريقِ، فإنْ سَلّموا فالشُّفْعةُ للجارِ المُلاصِقِ.

وعلى ما رُوِيَ عن أبي يوسفَ: إذا سَلّمَ الشّريكُ سَقَطَتِ الشُّفْعةُ أصلاً، ولو انشَعَبَتْ[5] من هذه السِّكّةِ سِكّةٌ أُخرى غيرُ نافِذةٍ، فبيعَتْ دارٌ فيها فالشُّفْعةُ لأهلِ هذه السِّكّةِ خاصّةً؛ لأنّ خُلْطةَ أهلِ [هذه][6] السِّكّةِ السُّفْلى أخَصُّ من خُلْطةِ أهلِ السِّكّةِ العُلْيا، ولو بيعَتْ دارٌ في السِّكّةِ العُلْيا استوَى في شُفْعَتِها أهلُ السِّكّةِ العُلْيا وأهلُ السِّكّةِ السُّفْلى؛ لأنّ خُلْطَتَهم[7] في السِّكّةِ العُلْيا سَواءٌ، فيَسْتَوونَ في الاستِحْقاقِ.

وقال محمدٌ رحمه الله: أهلُ الدّرْبِ يَسْتَحِقّونَ الشُّفْعةَ بالطّريقِ إذا كان ملكَهم[8] أو كان فِناءً غيرَ مَمْلوكٍ، أمّا إذا كان ملكًا لهم فظاهرٌ لوجودِ الخُلْطةِ وهي الشّرِكةُ في الطّريقِ. وأمّا إذا كان فِناءً غيرَ مَمْلوكٍ؛ فلأنّهم أخَصُّ به من غيرِهم فكان في معنى المَمْلوكِ، وإنْ كانتِ السِّكّةُ نافِذةً فبيعَتْ دارٌ فيها فلا شُفْعةَ إلاّ للجارِ المُلاصِقِ؛ لأنّ الشّرِكةَ العامّةَ إباحةٌ معنًى لما قُلْنا.

وإنْ كان مَمْلوكًا فهو في حُكمِ غيرِ النّافِذِ، والطّريقُ النّافِذُ الذي لا يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعةَ ما لا يملِكُ أهلُه سَدّه؛ لأنّه إذا كان كذلك يتعَلّقُ به حقُّ جميعِ المسلمينَ فكانت شرِكَتُه[9] عامّةً فيُشْبه الإباحةَ.

---

(١) في المخطوط: «وجعل».
(٢) في المخطوط: «اجتمع».
(٣) في المخطوط: «هذه المسائل».
(٤) في المخطوط: «فإنهم».
(٥) في المخطوط: «تشبعت».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «خلطهم».
(٨) في المخطوط: «ملكًا لهم».
(٩) في المخطوط: «شركة».

وعلى هذا يَخْرُجُ النّهرُ إذا كان صَغيرًا يُسْقَى منه أراضي معدودةٌ أو كُرومٌ معدودةٌ فبيعَ أرضٌ منها أو كرْمٌ أنّ الشُّرَكاءَ في النّهرِ كُلّهم شُفَعاءُ، يَسْتَوي المُلاصِقُ [١] وغيرُ المُلاصِقِ [٢] لاستِوائهم في الخُلْطةِ وهي الشّرِكةُ في الشُّرْب، وإنْ كان النّهرُ كبيرًا فالشُّفْعةُ للجارِ المُلاصِقِ بمنزلةِ الشّوارعِ.

واختُلِفَ في الحدِّ الفاصِلِ بين الصّغيرِ والكبيرِ: قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ رحمهما الله: إذا كان تَجْري فيه السُّفُنُ فهو كبيرٌ، وإنْ كان لا تَجْري [فيه] [٣] فهو صَغيرٌ، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه قال: لا أستَطيعُ أنْ أحُدّ هذا بحَدٍّ هو عندي على ما أرَى حين يقعُ ذلك.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله رِوايةٌ أُخرى [٣/ ١٧١ أ]: أنّه إنْ كان يُسْقَى منه مَراحانِ [٤]، أو ثلاثةٌ، أو بُسْتانانِ، أو ثلاثةٌ ففيه الشُّفْعةُ وما زادَ على ذلك فلا، كذا ذَكَرَ الكَرْخيُّ رضي الله عنه الاختلافَ بين أصحابنا. والقاضي لم يَذْكُرْ خلافَهم وإنّما ذَكَرَ اختلافَ المشايخِ - رحمهم الله - [فيه] [٥] قال بعضُهم إنْ كان شُرَكاءُ النّهرِ بحيثُ يُحْصَوْنَ فهو صَغيرٌ، [وإنْ كانوا لا يُحْصَوْنَ فهو كبيرٌ، وقال بعضُهم: إنْ كانوا مائةً فما دونَهم فهو صَغيرٌ] [٦]، وإنْ كانوا أكثَرَ من مائةٍ فهو كبيرٌ، وقال بعضُهم: هو مُفَوّضٌ إلى رأيِ القاضي فإنْ رَآه صَغيرًا قضَى بالشُّفْعةِ لأهلِه، وإنْ رَآه كبيرًا قضَى بها للجارِ المُلاصِقِ.

ولو نَزَعَ من هذا النّهرِ نَهْرٌ [٧] آخَرُ فيه أرضونَ، أو بَساتينُ، وكُرومٌ فبيعَ أرضٌ، أو بُسْتانٌ بشربه من هذا النّهرِ النّازعِ فأهلُ هذا النّهرِ أحقُّ بالشُّفْعةِ من أهلِ النّهرِ الكبيرِ ألا تَرَى أنّهم مُخْتَصّونَ بشُرْب النّهرِ النّازعِ؟ فكانوا أولى كما في السِّكّةِ المُنْشَعِبةِ من سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ، ولو بيعَتْ أرضٌ على النّهرِ الكبيرِ كان أهلُه، وأهلُ النّهرِ النّازعِ في الشُّفْعةِ سَواءً لاستِوائهم في الشُّرْب.

قال محمدٌ رحمه الله: في قَراحٍ واحدٍ في وسَطِ ساقيةٍ جاريةٍ شُرْبُ هذا القراحِ منها من

---

(١) في المخطوط: «الملازق».
(٢) في المخطوط: «الملازق».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «قراحان».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «نهرًا».

الجانِبينِ، فبيعَ القراحُ، فجاءَ شَفيعانِ أحدُهما يَلي هذه النّاحيةَ من [١] القراحِ، والآخَرُ يَلي الجانِبَ الآخَرَ قال هما شَفيعانِ في القراحِ وليستِ السّاقيةُ بحائلةٍ؛ لأنّ السّاقيةَ من حُقوقِ هذا القراحِ فلا يُعْتَبَرُ فاصِلاً كالحائطِ المُمْتَدِّ، ولو كانت هذه السّاقيةُ بجِوارِ القراحِ ويشربُ منها ألفُ جَريبٍ [خارجًا] [٢] من هذا القراحِ، فأصحابُ السّاقيةِ أحقُّ بالشُّفْعةِ من الجارِ؛ لأنّهم شُرَكاءُ في الشُّرْب، والشّريكُ مُقَدّمٌ على الجارِ على ما مَرّ، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال في دارٍ بين رجلَيْنِ ولِرجلٍ فيها طريقٌ فباعَ أحدُهما نصيبَه من الدّارِ أنّ الشّريكَ أحقُّ بالشُّفْعةِ من صاحِب الطّريقِ؛ لأنّ الشّريكَ في عَيْنِ العقارِ أحقُّ من الخليطِ.

وكذلك إذا كانتِ الدّارُ بين رجلَيْنِ ولأحدِهما حائطٌ بأرضِه في الدّارِ بينه وبين آخَرَ فباعَ الذي له شرِكةٌ في الحائطِ نصيبَه من الدّارِ والحائطِ، فالشّريكُ في الدّارِ أحقُّ بشُفْعةِ الدّارِ، والشّريكُ في الحائطِ أولى بالحائطِ؛ لأنّ الشّريكَ في الحائطِ ليس بشريكٍ في الدّارِ بل هو جارٌ لبقيّةِ الدّارِ، والشّريكُ مُقَدّمٌ على الجارِ. وكذلك دارٌ بين رجلَيْنِ ولأحدِهما بئرٌ في الدّارِ بينه وبين آخَرَ فباعَ الذي له شرِكةٌ في البئرِ نصيبَه من الدّارِ [والبئرِ] [٣] فالشّريكُ في الدّارِ أحقُّ بشُفْعةِ الدّارِ، والشّريكُ في البئرِ أحقُّ بالبئرِ لما ذَكَرْنا أنّ الشّريكَ في البئرِ جارٌ لبقيّةِ الدّارِ، والشّريكُ مُقَدّمٌ على الجارِ.

وكذلك سُفْلٌ بين رجلَيْنِ ولأحدِهما عُلوٌّ عليه بينه وبين آخَرَ فباعَ الذي له نصيبٌ في السُّفْلِ والعُلوِّ نصيبَه فلِشريكِه في السُّفْلِ الشُّفْعةُ في السُّفْلِ، ولِشريكِه في العُلوِّ الشُّفْعةُ في العُلوِّ ولا شُفْعةَ لشريكِه في السُّفْلِ في [٤] العُلوِّ، ولا لشريكِه في العُلوِّ في السُّفْلِ؛ لأنّ شريكَه في السُّفْلِ جارُ العُلوِّ، وشريكُه [٥] في حُقوقِ العُلوِّ - وإنْ كان طريقُ العُلوِّ فيه ليس بشريكٍ له في العُلوِّ - والشّريكُ في عَيْنِ البُقْعةِ أو فيما هو في معنى البُقْعةِ مُقَدّمٌ على الجارِ، والشّريكُ في الحُقوقِ وشريكُه في العُلوِّ جارٌ للسُّفْلِ، أو شريكُه في الحُقوقِ إذا

(١) في المطبوع: «في».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «و».
(٥) في المخطوط: «أو شريك».

كان طريقُ العُلوّ في تلك الدّارِ ولا شركةَ له في عَيْنِ البُقْعةِ فكان الشّريكُ في عَيْنِ البُقْعةِ أولى.

ولو كان لرجلٍ عُلوٌّ على دارٍ وطريقُه فيها وبقيّةُ الدّارِ لآخَرَ فباعَ صاحِبُ العُلوِّ العُلوّ بطريقِه، فالقياسُ أنْ لا شُفْعةَ لصاحِب السُّفْلِ في العُلوّ وفي الاستِحْسانِ تجبُ.

وَجهُ القياسِ: أنّ من شرائطِ وجوب الشُّفْعةِ أنْ يكونَ المبيعُ عَقارًا والعُلوُّ مَنْقولٌ فلا تجبُ فيه الشُّفْعةُ كما لا تجبُ في سائرِ المنقولات.

وَجهُ الاستِحْسانِ: أنّ العُلوّ في معنى العقارِ؛ لأنّ حقّ البناءِ على السُّفْلِ حقٌّ لازِمٌ لا يحتملُ البُطْلانَ فأشبَهَ العقارَ الذي لا يحتملُ الهَلاكَ فكان مُلْحقًا بالعقارِ فيُعْطَى حُكمُه ولو كان طريقُ هذا العُلوِّ في دارِ رجلٍ آخَرَ فبيعَ العُلوُّ فصاحِبُ الدّارِ التي فيها الطّريقُ [٣/ ١٧١ ب] أولى بشُفْعةِ العُلوِّ من صاحِب الدّارِ التي عليها العُلوُّ؛ لأنّ صاحِبَ الدّارِ التي فيها الطّريقُ شريكٌ في الحُقوقِ وصاحِبُ الدّارِ التي عليها العُلوُّ جارٌ، والشّريكُ مُقدّمٌ على الجارِ فإنْ سَلّمَ صاحِبُ الطّريقِ الشُّفْعةَ فإنْ لم يكنْ للعُلوِّ جارٌ مُلاصِقٌ [1] أخذه [صاحِبُ الدّارِ التي عليها العُلوُّ بالجِوارِ؛ لأنّه جارُه، وإنْ كان للعُلوِّ جارٌ مُلاصِقٌ أخذه] [2] بالشُّفْعةِ مع صاحِب السُّفْلِ لأنّهما جارانِ وإنْ لم يكنْ جارُ العُلوِّ مُلاصِقًا وبين العُلوِّ وبين مسكَنِه طائفةٌ من الدّارِ فلا شُفْعةَ له؛ لأنّه ليس بجار.

ولو باعَ صاحِبُ السُّفْلِ السُّفْلَ، كان صاحِبُ العُلوِّ شَفيعًا؛ لأنّه جارُه وليس شريكَه وهو كدارَيْنِ مُتَجاوِرَتَيْنِ لأحدِهما خَشَبٌ على حائطِ الآخَرِ أنّ صاحِبَ الخشَب لا يَسْتَحِقُّ إلاّ بالجِوارِ ولا يَسْتَحِقُّ بالخشَب شيئًا ولو بيعَتِ الدّارُ التي فيها طريقُ العُلوِّ فصاحِبُ العُلوِّ أولى بشُفْعةِ الدّارِ من الجارِ؛ لأنّه شريكٌ في الحُقوقِ فكان مُقَدّمًا على الجارِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال في بيتٍ عليه غرْفَتانِ إحداهما فوْقَ الأُخرى ولِكُلِّ غرْفةٍ طريقٌ في دارٍ أُخرى وليس بينهما [3] شركةٌ في الطّريقِ فباعَ صاحِبُ البيتِ الأوسَطِ بيتَه وسَلّمَ صاحِبُ الطّريقِ: فالشُّفْعةُ لصاحِب العُلوِّ ولِصاحِب السُّفْلِ جميعًا لاستِوائهما في الجِوارِ فإنْ باعَ صاحِبُ العُلوِّ كانتِ الشُّفْعةُ للأوسَطِ دونَ الأسفَلِ؛ لأنّ الجِوارَ له لا للأسفَلِ.

(١) في المخطوط: «ملازق».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بينهم».

وعلى هذا يُخَرّجُ ما رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال في دارٍ فيها مسيلُ ماءٍ لرجلٍ آخَرَ فبيعَتِ الدّارُ كانت له الشُّفْعةُ بالجِوارِ لا بالشّرِكةِ وليس المسيلُ كالشُّرْب؛ لأنّ صاحِبَ المسيلِ مُخْتَصٌّ بمسيلِ الماءِ لا شرِكةَ للآخَرِ فيه فصار كحائطٍ لصاحِبِ إحدى الدّارَيْنِ في الأُخرى ولو أنّ حائطًا بين دارَيْ رجلَيْنِ والحائطُ بينهما فصاحِبُ الشِّرْكِ[1] في الحائطِ أولى بالحائطِ من الجارِ، وبقيّةُ الدّارِ يأخُذُها بالجِوارِ مع الجارِ بينهما، هكذا رُوِيَ عن أبي يوسُف وزُفَرَ رحمهما الله، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رِوايةٌ أُخرى أنّ الشّريكَ في الحائطِ أولى بجميعِ الدّارِ.

وَجهُ هذه الرِّوايةِ: أنّ الشّريكَ في الحائطِ شريكٌ في بعضِ المبيعِ فكان أولى من الجارِ الذي لا شرِكةَ له كالشّريكِ في الشُّرْب والطّريقِ.

وَجهُ الرِّوايةِ الأولى: أنّ الشّريكَ في الحائطِ شريكٌ لكنْ في بُقْعةٍ مُعَيّنةٍ وهي ما تحت الحائطِ لا في بقيّةِ الدّارِ بل هو جارٌ في بقيّةِ الدّارِ فكان أولى بما هو شريكٌ فيه وبقيّةُ الدّارِ بينه وبين الجارِ الآخَرِ لاستِوائهما في الجِوارِ وكذلك الدّارُ لرجلٍ فيها بيتٌ بينه وبين غيرِه فباعَ الرّجُلُ الدّارَ وطَلَبَ الجارُ الشُّفْعةَ وطَلَبَها الشّريكُ في البيتِ فصاحِبُ الشّرِكةِ في البيتِ أولى بالبيتِ وبقيّةُ الدّارِ بينهما نصفانِ.

قال الكرخيُ عليه الرّحمة: وأصَحُّ الرِّواياتِ عن أبي يوسُف: أنّ الشّريكَ في الحائطِ أولى ببقيّةِ الدّارِ من الجارِ لما ذَكَرْنا من تَحْقيقِ[2] الشّرِكةِ في نفسِ المبيعِ والشّريكُ مُقَدّمٌ على الجارِ قال وعن محمّدٍ رحمه الله مسألةٌ تَدُلُّ على أنّ الشّريكَ في الحائطِ أولى فإنّه قال في حائطٍ بين دارَيْنِ لكُلِّ واحدٍ منهما عليه خَشَبةٌ ولا يُعْلَم أنّ الحائطَ بينهما إلاّ بالخشَبةِ فبيعَتْ إحدى الدّارَيْنِ قال فإنْ أقامَ الآخَرُ بيِّنةً أنّ الحائطَ بينهما فهو أحقُّ من الجارِ؛ لأنّه شريكٌ وإنْ لم يُقِم بيِّنةً لم أجعَلْه شريكًا وقولُه: أحقُّ من الجارِ أي: أحقُّ بالجميعِ لا بالحائطِ خاصّةً وهذا هو مُقْتَضَى ظاهرِ هذا الإطلاقِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله فيمَنِ اشترى حائطًا بأرضِه ثُمّ اشترى ما بقيَ من الدّارِ ثُمّ طَلَبَ جارُ الحائطِ الشُّفْعةَ فلَه الشُّفْعةُ في الحائطِ ولا شُفْعةَ له فيما بقيَ من الدّارِ؛ لأنّه لم يكنْ جارًا لبقيّةِ الدّارِ وقتَ البيعِ إذِ الحائطُ حائلٌ بين ملكِه وبقيّةِ الدّارِ فلا تجبُ الشُّفْعةُ له.

---

(١) في المخطوط: «الشريك».

(٢) في المخطوط: «تحقق».

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله في دارٍ بين رجلَيْنِ لرجلٍ فيها طريقٌ فباعَ أحدُهما نصيبَه من الدّارِ فشريكُه في الدّارِ أحقُّ بالشُّفْعةِ في الدّارِ ولِصاحِب الطّريقِ الشُّفْعةُ في الطّريقِ؛ لأنّ الطّريقَ إذا كان مُعَيّنًا كان بمنزلةِ الحائطِ على ما ذَكَرْنا وهذا على الرِّوايةِ التي تَقولُ الشّريكُ في الحائطِ جارٌ في بقيّةِ الدّارِ [٣/ ١٧٢ أ] على ما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ واللّه أعلَمُ.

فصل [في شرائط وجوب الشفعة]

وأمّا شرائطُ وجوب الشُّفْعةِ فأنواعٌ:

منها: عقدُ المُعاوَضةِ؛ وهو البيعُ أو ما هو في معناه، فلا تجبُ الشُّفْعةُ فيما (١) ليس ببيعٍ ولا بمعنى البيعِ، حتّى لا تجبَ بالهِبةِ والصّدَقةِ والميراثِ والوصيّةِ؛ لأنّ الآخِذَ بالشُّفْعةِ يملِكُ على المأخوذِ منه بمثلِ ما مَلَكَ هو فإذا انعَدَمَ معنى المُعاوَضةِ فلو أخذ الشّفيعُ فإمّا (٢) أنْ يأخُذَ بالقيمةِ وإمّا أنْ يأخُذَ مَجّانًا بلا عِوَضٍ لا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ المأخوذَ منه لم يملِكه بالقيمةِ ولا سبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّ الجبر على التّبرُّعِ ليس بمشروعٍ فامتَنَعَ الأخذُ أصلًا، وإنْ كانتِ الهِبةُ بشرطِ العِوَضِ فإنْ تَقابَضا وجَبتِ الشُّفْعةُ لوجودِ معنى المُعاوَضةِ عندَ التّقابُضِ وإنْ قَبَضَ أحدُهما دونَ الآخَرِ فلا شُفْعةَ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ.

وعندَ زُفَرَ: تجبُ الشُّفْعةُ بنفسِ العقدِ وهذا بناءٌ على أصلٍ وهو أنّ الهِبةَ بشرطِ العِوَضِ عندَنا تَبَرُّعٌ ابتِداءً مُعاوَضةٌ انتِهاءً وعندَه مُعاوَضةٌ ابتِداءً وانتِهاءً ودَلائلُ هذا الأصلِ في كِتاب الهِبةِ نَذْكُرُها هناك إنْ شاء اللّه تعالى.

ولو (٣) وهَبَ عَقارًا من غيرِ شرطِ العِوَضِ ثُمّ إنّ الموهوبَ له عَوّضَه من ذلك دارًا فلا شُفْعةَ في الدّارَيْنِ لا في دارِ الهِبةِ ولا في دارِ العِوَضِ؛ لأنّ إعطاءَ دارِ العِوَضِ هِبةٌ مُبْتَدَأةٌ إلاّ أنّها اختَصّتْ بالمنعِ من الرُّجوعِ إلاّ أنْ تكونَ (٤) عِوَضًا حقيقةً بدَليلِ أنّه لو وهَبَ عشرةَ دراهمَ فعَوّضَه بخمسةٍ جاز ولو كان عِوَضًا حقيقةً لَما جاز؛ لأنّه يكونُ رِبًا دَلّ أنّ الباقي

---

(١) في المخطوط: «بما».
(٢) في المخطوط: «إما».
(٣) في المخطوط: «فلو».
(٤) في المخطوط: «يكون».

ليس بعِوَضٍ عن الأوّلِ حقيقةً فلم يكنْ هذا مُعاوَضةً بل كان هِبةً مُبْتَدَأةً فلم تجبْ به الشُّفْعةُ وتجبُ الشُّفْعةُ في الدّارِ التي هي بَدَلُ الصُّلْحِ سَواءٌ كان الصُّلْحُ على [١] الدّارِ عن إقرارٍ أو [عن] [٢] إنْكارٍ أو [عن] [٣] سُكوتٍ لوجودِ معنى المُعاوَضةِ.

أمّا في الصُّلْحِ عن إقرارٍ فظاهرٌ؛ لأنّ المُدّعيَ مَلَكَ المُدّعَى في حقّ المُدّعي والمُدّعَى عليه فكانتِ الدّارُ التي هي بَدَلُ الصُّلْحِ عِوَضًا عن ملكٍ ثابتٍ في حقّهما جميعًا فيتحقّقُ معنى المُعاوَضةِ في هذا الصُّلْحِ.

وأمّا في الصُّلْحِ عن إنْكارِ فُلانٍ عندَ المُدّعي أنّه أخذ الدّارَ عِوَضًا عن ملكِه الثّابتِ فكان [٤] الصُّلْحُ مُعاوَضةً في حقّه وكان [٥] للشّفيعِ فيها حقُّ الشُّفْعةِ وكذا في الصُّلْحِ عن سُكوتِ المُدّعَى عليه؛ لأنّ المُدّعيَ إنْ كان مُحِقًّا في دَعْواه كان بَدَلُ الصُّلْحِ عِوَضًا عن ملكِه حقيقةً وإنْ كان مُبْطِلًا كان عِوَضًا عن ملكِه في زَعْمِه فيتحقّقُ معنى المُعاوَضةِ في زَعْمِه وكذا تجبُ الشُّفْعةُ في الدّارِ المُصالَحِ عنها عن إقرارٍ لوجودِ معنى المُعاوَضةِ في هذا الصُّلْحِ من الجانِبينِ جميعًا.

وأمّا عن إنْكارٍ فلا تجبُ به الشُّفْعةُ؛ لأنّ في زَعْمِ المُدّعَى عليه أنّ الدّارَ المُدّعاةَ ملكُه وإنّما بَذَلَ المالَ لدَفْعِ الخُصومةِ الباطِلةِ فلا يتحقّقُ معنى المُعاوَضةِ في حقّه فلم يكنْ للشّفيعِ أنْ يأخُذَها منه بالشُّفْعةِ للحالِ ولكنّه يقومُ مقامَ المُدّعي في إقامةِ الحُجّةِ فإنْ أقامَ البيّنةَ على صاحِبِ اليدِ أنّ الدّارَ كانت لِلْمُدّعي أو حَلَفَ المُدّعَى عليه فنَكَلَ فلَه الشُّفْعةُ؛ لأنّه تبيّنَ أنّ الصُّلْحَ وقَعَ مُعاوَضةً حقيقةً وإنْ لم تَقُم له الحُجّةُ [٦] فلا شُفْعةَ له.

وكذلك [٧] لا تجبُ الشُّفْعةُ في الدّارِ المُصالَحِ عنها عن سُكوتٍ؛ لأنّ المُدّعيَ إنْ كان مُحِقًّا في دَعْواه كان الصُّلْحُ مُعاوَضةً فتجبُ الشُّفْعةُ وإنْ كان مُبْطِلًا لم يكنْ [٨] مُعاوَضةً في حقّ المُدّعَى عليه فلا تجبُ الشُّفْعةُ مع الاحتمالِ؛ لأنّ الحُكمَ كما لا يَثْبُتُ بدونِ شرطِه لا يَثْبُتُ مع وجودِ الشّكّ في شرطِه؛ [لأن غير في شرطه] [٩] لأنّ غيرَ الثّابتِ بيقينٍ لا يَثْبُتُ بالشّكّ.

---

(١) في المخطوط: «عن».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لكان».
(٥) في المخطوط: «فكان».
(٦) في المخطوط: «حجة».
(٧) في المخطوط: «وكذا».
(٨) في المخطوط: «تكن».
(٩) زيادة من المخطوط.

ولو كان بَدَلُ الصُّلْحِ مَنافِعَ فلا شُفْعةَ في الدّارِ المُصالَحِ عنها سَواءٌ كان الصُّلْحُ عن إنْكارٍ أو إقرارٍ؛ لأنّ بَدَلَ الصُّلْحِ ليس بعَيْنِ مالٍ فلم يكنْ هذا الصُّلْحُ مُعاوَضةَ عَيْنِ المالِ بعَيْنِ المالِ وهذا من شرائطِ ثُبوتِ الشُّفْعةِ على ما نَذْكُره إنْ شاء اللّه تعالى.

ولو اصْطَلَحا على أنْ يأخُذَ المُدَّعَى عليه الدّارَ، ويُعْطيَه دارًا أُخرى فإنْ كان الصُّلْحُ عن إنْكارٍ تجبُ [١] في كُلٍّ واحدةٍ من الدّارَيْنِ الشُّفْعةُ بقيمةِ الدّارِ الأُخرى؛ لأنّ الصُّلْحَ إذا كان عن إنْكارٍ كان [هذا] [٢] الصُّلْحُ [على] [٣] مُعاوَضةِ [٣/ ١٧٢ ب] دارٍ بدارٍ، وإنْ كان عن إقرارٍ لا يصحُّ الصُّلْحُ ولا تجبُ الشُّفْعةُ في الدّارَيْنِ جميعًا؛ لأنهما جميعًا ملكُ المُدّعي.

ولو اشترى دارًا فسَلّمَ الشّفيعُ الشُّفْعةَ ثُمّ رَدّ المُشْتَري الدّارَ بخيارِ رُؤْيةٍ أو شرطٍ قبل القبْضِ أو بعدَه فأرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَ الدّارَ بالشُّفْعةِ بسبب الرّدِّ لم يكنْ له ذلك؛ لأنّ الرّدّ بخيارِ الرُّؤْيةِ والشّرطِ ليس في معنى البيعِ.

ألا تَرَى أنّه يُرَدُّ من غيرِ رِضا البائعِ بل هو فسْخٌ محضٌ في حقِّ الكُلِّ ورَفْعُ العقدِ من الأصلِ كأنّه لم يكنْ فيَعودُ إليه قَديمُ ملكِه فلم يتحقّقْ معنى البيعِ فلا تجبُ الشُّفْعةُ.

وكذا لو رَدّ عليه بعَيْبٍ قبل القبْضِ أو بعدَه بقضاءِ القاضي؛ لأنّ الرّدّ بقضاءِ القاضي فسْخٌ مُطْلَقٌ وإنْ كان بغيرِ قضاءِ القاضي فلِلشّفيعِ الشُّفْعةُ؛ لأنّ الرّدّ بغيرِ قضاءٍ بيعٌ جَديدٌ في حقِّ ثالِثٍ [والشفيع ثالث] [٤]. وكذا الإقالةُ قبل القبْضِ أو بعدَه؛ لأنّها بيعٌ جَديدٌ في حقِّ ثالِثٍ ولا تجبُ الشُّفْعةُ في القِسْمةِ وإنْ كان فيها معنى المُعاوَضةِ؛ لأنّها ليستْ بمُعاوَضةٍ محضةٍ بل فيها معنى الإفرازِ والتّمْييزِ ألا تَرَى أنّه يُجْرَى فيها الجبْرُ فلم تَكُنْ مُعاوَضةً مُطْلَقةً فلا تجبُ فيها الشُّفْعةُ كما إذا صالَحَ عن دَمِ عَمْدٍ على دارٍ أنّه لا تجبُ الشُّفْعةُ.

ومنها: مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ فلا تجبُ في مُعاوَضةِ المالِ بغيرِ المالِ؛ لأنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ تَمَلُّكٌ بمثلِ ما تَمَلّكَ به المُشْتَري فلو وجَبَتْ في مُعاوَضةِ المالِ بغيرِ المالِ فإمّا أنْ يأخُذَ بما تَمَلّكَ به المُشْتَري ولا سبيلَ إليه؛ لأنّه [٥] تَمَلّكَ بالقِصاصِ وإمّا أنْ يأخُذَ بقيمةِ

---

(١) في المخطوط: «يجب».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «لأنها».

الدّارِ ولا سبيلَ إليه أيضًا؛ لأنّ المُشْتَرِيَ لم يتملّك به فامتَنَعَ التّمَلُّكُ أصلاً.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا صالَحَ عن دَمِ العمْدِ على دارٍ [أنّه] [1] لا تجبُ الشُّفْعةُ؛ لأنّ القِصاصَ ليس بمالٍ فلم توجَدْ [2] مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ وكذا لو صالَحَ من جِنايةٍ توجِبُ القِصاصَ فيما دونَ النّفسِ على دارٍ لما قُلْنا.

ولو صالَحَ من جِنايةٍ توجِبُ الأرشَ دونَ القِصاصِ على دارٍ تجبُ فيها الشُّفْعةُ بالأرشِ لوجودِ مُعاوَضةِ المالِ بالمالِ وكذا لو أعتَقَ عبدًا على دارٍ؛ لأنّ العتقَ ليس بمالٍ فلم توجَدْ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ.

ومنها: مُعاوَضةُ عَيْنِ المالِ بغير المالِ فلا تجبُ في مُعاوَضةِ عَيْنِ المالِ بما ليس بعَيْنِ المالِ لما ذَكَرْنا أنّ التّمَلُّكَ بما تَمَلّكَه به المُشْتَري غيرُ مُمْكِنٍ والتّمَلُّكُ بعَيْنِ المالِ ليس تَمَلُّكًا بما تَمَلّكَ به المُشْتَري فامتَنَعَ أصلاً.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا جعل الدّارَ مَهْرًا بأنْ تزوّجَ على دارٍ أو جَعَلَها بَدَلَ الخُلْعِ بأنْ خالَعَ [3] امرأتَه على دارٍ أو جَعَلَها أُجْرةً في الإجاراتِ بأنِ استَأجَرَ بدارٍ؛ لأنّ هذا [4] مُعاوَضةُ المالِ بالمنفَعةِ؛ لأنّ حُكمَ الإجارةِ ثَبَتَ [5] في المنفَعةِ وكذا حُكمُ النّكاحِ وهو الصّحيحُ على ما عُرِفَ في مسائلِ النّكاحِ من الخلافِ والمنفَعةُ ليستْ بمالٍ [6] وهذا عندَ أصحابنا رحمهم الله [7].

وقال [8] **الشافعيُ رحمه الله:** هذا ليس بشرطٍ وتجبُ الشُّفْعةُ في هذه المواضِعِ، فيأخُذُها الشّفيعُ بقيمةِ البُضْعِ وهي مَهْرُ المثلِ في النِّكاحِ والخُلْعِ وفي الإجارةِ بأُجْرةِ [9] المثلِ [10].

وَجْهُ قولِه: أنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ تَمَلُّكٌ بمثلِ ما تَمَلّكَ به المُشْتَري عندَ الإمكانِ وعندَ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يوجد».
(٣) في المخطوط: «خلع».
(٤) في المخطوط: «هذه».
(٥) في المخطوط: «يثبت».
(٦) في المخطوط: «بعين مال».
(٧) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص١٢١).
(٨) في المخطوط: «وعند».
(٩) في المخطوط: «أجر».
(١٠) ومذهب الشافعية: إذا جعلت الدار مهرًا يأخذ الشريك بالشفعة بمهر مثلها. انظر: مختصر المزني (ص١٢٠).

التّعَذُّرِ تُقامُ قيمَتُه مقامَه ألا تَرَى أنّه لو اشترى دارًا بعبدٍ فالشّفيعُ يأخُذُها بقيمةِ العبدِ لتَعَذُّرِ الأخذِ بمثلِه إذْ لا مثلَ له فتَقومُ قيمَتُه مقامَه، كذا ههنا والمنافِعُ تَتَقَوّمُ بالعقدِ بلا خلافٍ فتُقامُ قيمةُ العِوَضِ مقامَه.

ولنا: أنّ المنافِعَ في الأصلِ لا قيمةَ لها (على أُصولِ) [(١)] أصحابنا (والأصلُ فيها أنْ لا تكونَ مَضْمونةً؛ لأنّ الشّيءَ يُضْمَنُ بمثلِه في الأصلِ والعرَضُ لا يُماثِلُ العيْنَ ولهذا قالوا إنّها) [(٢)] لا تُضْمَنُ بالغصْب والإتْلافِ إلاّ أنّها تَتَقَوّمُ بالعقدِ بطريقِ الضّرورةِ و لِحاجةِ النّاسِ فبقيَ ما وراءَ ذلك على الأصلِ فلا يَظْهَرُ تَقَوُّمُها في حقِّ الشّفيعِ.

ولو تزوّجَ امرأةً على دارٍ على أنْ تَرُدّ المرأةُ عليه ألفًا فلا شُفْعةَ في شيءٍ من الدّارِ عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ رحمهما الله تجبُ الشُّفْعةُ في حِصّةِ الألفِ.

وَجْهُ قولِهما: أنّ الدّارَ بعضُها مَهْرٌ وبعضُها مَبيعٌ فلَئِنْ تَعذّرَ إيجابُ الشُّفْعةِ في حِصّةِ المهرِ أمكَنَ إيجابُها في حِصّةِ المبيعِ فتجبُ في حِصّتِه [(٣)] [٣/ ١٧٣ أ].

وَجْهُ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّه لا يُمْكِنُ إيجابُ الشُّفْعةِ في حِصّةِ المبيعِ إلاّ بعدَ قِسْمةِ الدّارِ وفي قِسْمَتِها تقويمُ المنافِعِ ولا قيمةَ لها إلاّ عندَ الضّرورةِ على ما بيّنّا ولأنّ المهرَ في الدّارِ هو الأصلُ؛ لأنّها إنّما دَفَعَتِ الألفَ لتُسَلّمَ لها الدّارُ فإذا لم تَثْبُتِ الشُّفْعةُ [في الأصلِ] [(٤)] فكيف تجبُ في التّابعِ.

ولو تزوّجَها على مَهْرٍ مُسَمًّى ثُمّ باعَ داره من المرأةِ بذلك المهرِ أو تزوّجَها بغيرِ مَهْرٍ مُسَمًّى ثُمّ باعَ داره من المرأةِ بمَهْرِ المثلِ تجبُ فيها الشُّفْعةُ؛ لأنّ هذا مَبيعٌ مُبْتَدَأٌ فتجبُ به الشُّفْعةُ ولو تزوّجَها على دارٍ أو تزوّجَها على غيرِ مُسَمًّى ثُمّ فرَضَ لها داره مَهْرًا لا تجبُ فيها الشُّفْعةُ؛ لأنّ الغرَضَ منه ليس ببيعٍ بل هو تقديرُ المهرِ فلا تجبُ [(٥)] الشُّفْعةُ.

ومنها: أنْ يكونَ المبيعُ عَقارًا وما هو بمعناه فإنْ كان غيرُ ذلك فلا شُفْعةَ فيه عندَ عامّةِ

---

(١) في المخطوط: «عند».
(٢) في المخطوط: «لأنها».
(٣) في المخطوط: «حصة المبيع».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) زاد في المخطوط: «به».

العلماءِ رضي الله عنهم [١].

وقال مالِكٌ رضي الله عنه: هذا ليس بشرطٍ وتجبُ الشُّفْعةُ في السُّفُنِ [٢].

وَجْهُ قولِه: أنّ السّفينةَ أحدُ المسكَنَيْنِ فتجبُ فيها الشُّفْعةُ كما تجبُ في المسكَنِ الآخَرِ وهو العقارُ.

ولنا: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**لا شُفعةَ إلّا في رَبْعٍ أو حائطٍ**» [٣]؛ لأنّ الشُّفْعةَ في العقارِ ما وجَبَتْ لكَوْنِه مسكَنًا وإنّما وجَبَتْ لخَوْفِ أذَى الدّخيلِ وضَرَرِه على سبيلِ الدّوام [٤] وذلك لا يتحقّقُ إلاّ في العقارِ ولا تجبُ إلاّ في العقارِ أو ما في معناه وهو العُلوُّ على ما نَذْكُرُه إنْ شاء اللّه تعالى سَواءٌ كان العقارُ (مِمّا يحتملُ القِسْمةَ) [٥] أو لا يحتملُها كالحمّامِ والرّحا والبئْرِ والنّهرِ والعيْنِ والدّورِ الصِّغارِ عندَ أصحابنا رحمهم الله [٦].

وقال الشافعيُ: رحمه الله لا تجبُ الشُّفْعةُ إلاّ في عَقارٍ يحتملُ القِسْمةَ [٧] والكلامُ فيه يرجعُ إلى أصلٍ تَقَدّمَ ذِكرُه وهو أنّ الشُّفْعةَ عندَنا وجَبَتْ معلولةً بدَفْعِ ضَرَرِ الدّخيلِ وأذاه على سبيلِ اللُّزومِ وذلك يوجدُ فيما يحتملُ القِسْمةَ وفيما لا يحتملُ [القِسْمةَ] [٨] على السّواءِ، وعندَه وجَبَتْ معلولةً بدَفْعِ ضَرَرٍ خاصٍّ وهو ضَرَرُ القِسْمةِ فلا يتعَدّى إلى ما لا يحتملُ القِسْمةَ وهذا مع أنّه تَعليلٌ لمَنْعِ التّعْديةِ قد أبْطَلْناه فيما تَقَدّمَ ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**إنما الشُفعةُ فيما لم يُقْسَم من غيرِ فصلٍ**» [٩] وإذا بيعَ سُفْلُ عَقارٍ

---

(١) **انظر في مذهب الحنفية:** تكملة فتح القدير (٩/ ٤٠٤)، البناية (١٠/ ٤١٨).

(٢) **مذهب المالكية:** كل شقص ملك بعوض ففيه الشفعة، إلا أن يعرض ما يقطعها من بيع أو إجارة أو خلع أو مهر. انظر: المعونة (٢/ ٩١٥).

(٣) أخرجه البزار كما في «نصب الراية» (٤/ ١٧٨) من حديث جابر بن عبد الله، وسنده ضعيف وفيه ابن جريج، وأبو الزبير مدلسان وقد عنعناه.

(٤) في المخطوط: «اللزوم».

(٥) في المخطوط: «محتملاً للقسمة».

(٦) **انظر في مذهب الحنفية:** تكملة فتح القدير (٩/ ٤٠٣)، البناية (١٠/ ٤١٥، ٤١٦).

(٧) **مذهب الشافعية:** أنه لا شفعة فيما لا يقسم من العقار. انظر: الوسيط (٤/ ٦٩)، روضة الطالبين (٥/ ٦٩، ٧٠)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٧).

(٨) ليست في المخطوط.

(٩) أخرجه البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم...، برقم (٣٥١٤)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، برقم (١٦٠٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

دونَ عُلوِّه أو عُلوُّه دونَ سُفْلِه أو بيعا جميعًا وجَبَتِ الشُّفْعةُ أمّا السُّفْلُ فلا شَكَّ فيه ؛ لأنّه عَقارٌ وأمّا العُلوُّ بدونِ السُّفْلِ فتجبُ فيه الشُّفْعةُ إذا كان العُلوُّ قائمًا استِحْسانًا ؛ لأنّ حقّ البناءِ على السُّفْلِ مُتَعَلِّقٌ به على سبيلِ التّأبيدِ فصار بمعنى العقارِ فتجبُ فيه الشُّفْعةُ .

ولو انهَدَمَ العُلوُّ ثُمّ بيعَ السُّفْلُ وجَبَتِ الشُّفْعةُ لصاحِبِ العُلوِّ عندَ أبي يوسُفَ وعندَ محمّدٍ لا شُفْعةَ له ذَكَرَه محمّدٌ في الزّياداتِ .

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ أنّ البناءَ وإنْ بَطَلَ فحقُّ البناءِ قائمٌ وأنّه حقٌّ مُتَعَلِّقٌ بالبُقْعةِ على سبيلِ الاستِقْرارِ والتّأبيدِ فكان بمنزلةِ البُقْعةِ .

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ الشُّفْعةَ إنّما تجبُ إمّا بالشّرِكةِ في الملكِ أو الحُقوقِ أو بجِوارِ الملكِ ولم يوجدْ شيءٌ من ذلك أمّا الشّرِكةُ فظاهرُ الانتِفاءِ وكذا الجِوارُ ؛ لأنّ الجِوارَ كان بالبناءِ وقد زالَ البناءُ فلا تجبُ الشُّفْعةُ .

وذَكَرَ في الزّياداتِ فيمَنْ باعَ عُلوًّا فاحتَرَقَ قبل التّسْليمِ بَطَلَ البيعُ هكذا ذَكَرَ ولم يَحْكِ خلافًا من مَشايِخِنا رحمهم الله مَنْ قال هذا قولُه .

فأمّا على أصلِ أبي يوسُفَ: يَنْبَغي أنْ لا يَبْطُلَ ؛ لأنّه يُجْعَلُ في حقِّ البناءِ بمنزلةِ العرْصةِ فصار كأنّه باعَ العرْصةَ مع البناءِ فاحتَرَقَ البناءُ .

ومنها: زوالُ ملكِ البائعِ عن المبيعِ ؛ لأنّ الشّفيعَ يملِكُ المبيعَ على المُشْتَري بمثلِ ما مَلَكَ [١] به فإذا لم يَزُلْ ملكُ البائعِ استَحالَ تَمَلُّكُ المُشْتَري فاستَحالَ تَمَلُّكُ [٢] الشّفيعِ فلا تجبُ الشُّفْعةُ في البيعِ بشرطِ خيارِ البائعِ [٣] ؛ لأنّ خيارَه يمْنَعُ زوالَ المبيعِ عن ملكِه حتّى لو أسقَطَ خيارَه وجَبَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنّه تَبيّنَ أنّ المبيعَ زالَ عن ملكِه من حينِ وجودِ البيعِ ولو كان الخيارُ لِلْمُشْتَري تجبُ الشُّفْعةُ ؛ لأنّ خيارَه لا يمْنَعُ زوالَ المبيعِ عن ملكِ البائعِ وحقُّ الشُّفْعةِ يَقِفُ عليه ولو [٤] كان الخيارُ لهما لم تجبِ الشُّفْعةُ لأجلِ خيارِ البائعِ ولو [ثبت] [٥] شرَطَ البائعُ الخيارَ للشّفيعِ فلا شُفْعةَ له ؛ لأنّ شرطَ الخيارِ [للشّفيعِ] [٦] شرطٌ

---

(١) في المخطوط : «تملك» .
(٢) في المخطوط : «بملك» .
(٣) في المخطوط : «للبائع» .
(٤) في المخطوط : «وكذا لو» .
(٥) زيادة من المخطوط .
(٦) ليست في المخطوط .

[٣/ ١٧٣ ب] لنفسِه وأنّه يمْنَعُ وجوبَ الشُّفْعةِ فإنْ أجاز الشّفيعُ البيعَ جاز البيعُ ولا شُفْعةَ له ؛ لأنّ البيعَ تَمّ من جِهَتِه فصار كأنّه باعَ ابتِداءً وإنْ فسَخَ البيعَ فلا شُفْعةَ له ؛ لأنّ ملكَ البائعِ لم يَزُلْ والحيلةُ للشّفيعِ في ذلك أنْ لا يَفْسَخَ ولا يُجيزَ حتّى يُجيزَ البائعُ ، أو يُجَوِّزَ [هو] [1] بمُضيِّ المُدّةِ ، فتكونُ له الشُّفْعةُ ، وخيارُ العيب والرُّؤْيةِ لا يمْنَعُ وجوبَ الشُّفْعةِ ؛ لأنّه لا يمْنَعُ زوالَ ملكِ البائعِ .

ومنها: زوالُ حقِّ البائعِ ؛ فلا تجبُ الشُّفْعةُ في المُشْتَرى شراءً فاسِدًا ؛ لأنّ للبائعِ حقّ النّقْضِ والرّدِّ إلى ملكِه رَدًّا للفَسادِ ، وفي إيجاب الشُّفْعةِ تقريرُ الفسادِ حتّى لو سَقَطَ حقُّ الفسخِ بأسبابِ مُسْقِطةٍ للفسخِ كالزّيادةِ وزوالِ ملكِ المُشْتَري ونحوِ ذلك كان للشّفيعِ أنْ يأخُذَ بالشُّفعةِ ؛ لأنّ المانِعَ قيامُ الفسخِ وقد زالَ كما لو باعَ بشرطِ الخيارِ له ثُمّ أسقَطَ الخيارَ وجَبَتِ الشُّفْعةُ لزوالِ المانِعِ من الوجوب وهو الخيارُ فكذا هذا .

ولو باعَها المُشْتَري شراءً فاسِدًا بيعًا صَحيحًا فجاءَ الشّفيعُ فهو بالخيارِ ؛ إنْ شاء أخذها بالبيعِ الأوّلِ وإنْ شاء أخذها بالبيعِ الثّاني ؛ لأنّ حقّ الشّفيعِ ثابتٌ عندَ كُلِّ واحدٍ من البيعَيْنِ لوجودِ سبب الثُّبوتِ عندَ كُلِّ واحدٍ منهما وشرائطِه فكان له الخيارُ . غيرَ أنّه إنْ أخذ بالبيعِ الثّاني أخذ بالثّمَنِ وإنْ أخذ بالبيعِ الأوّلِ أخذ بقيمةِ المبيعِ يومَ القبْضِ [2] ؛ لأنّ الشّفيعَ يتمَلّكُ بما تَمَلّكَ به المُشْتَري ، والمُشْتَري الثّاني تَمَلّكَ بالثّمَنِ ؛ لأنّ البيعَ الثّانيَ صَحيحٌ ، والبيعُ الصّحيحُ يُفيدُ الملكَ بالمُسَمّى وهو الثّمَنُ ، والمُشْتَري الأوّلُ تَمَلّكَ المبيعَ بقيمَتِه ؛ لأنّ البيعَ الفاسِدَ يُفيدُ الملكَ بقيمةِ المبيعِ لا بالثّمَنِ وإنّما تُعْتَبَرُ قيمَتُه يومَ القبْضِ [3] ؛ لأنّ المبيعَ بيعًا فاسِدًا مَضْمونٌ بالقبْضِ كالمغْصوب .

وعلى هذا الأصلِ يُخَرّجُ قولُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه فيمَنِ اشترى أرضًا شراءً فاسِدًا فبَنَى عليها أنّه يَثْبُتُ للشّفيعِ حقُّ الشُّفْعةِ ؛ لأنّ حقّ البائعِ في القبْضِ قد زالَ بالبناءِ وبَطَلَ فزالَ المانِعُ من وجوب الشُّفْعةِ ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله لا يَثْبُتُ ؛ لأنّ حقّ البائعِ لم يَبْطُلْ بالبناءِ فكان المانِعُ قائمًا .

وعلى هذا يُخَرّجُ قولُ أبي حنيفةَ رحمه الله في المريضِ إذا باعَ الدّارَ من وارِثِه بمثلِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «قبض».

(٣) في المخطوط: «قبض».

قيمَتِها وشَفيعُها أجنَبيٌّ أنّه لا شُفْعةَ له؛ لأنّ بيعَ المريضِ مَرَضَ الموتِ عَيْنًا من أعيانِ مالِه لوارِثِه فاسِدٌ عندَه إلاّ إذا أجاز الورَثةُ، وإنْ كان بمثلِ القيمةِ ولا شُفْعةَ له في البيعِ الفاسِدِ إلاّ إذا أجاز فتجبُ الشُّفْعةُ.

ولو باعَها من أجنَبيٍّ بمثلِ قيمَتِها والوارِثُ شَفيعُها لا شُفْعةَ للوارِثِ عندَه أيضًا؛ لأنّه يصيرُ كأنّه باعَها من الوارِثِ ابتِداءً لتَحوُّلِ ملكِ الصّفْقةِ إليه أو لتقديرِ صَفْقةٍ أُخرى مع الوارِثِ وذلك فاسِدٌ عندَه، وعندَهما تجبُ الشُّفْعةُ للوارِثِ؛ لأنّ العقدَ جائزٌ.

هذا إذا باعَ بمثلِ القيمةِ فأمّا إذا باعَ وحابَى بأنْ باعَها بألفَيْنِ وقيمَتُها ثلاثةُ آلافٍ؛ فإنْ باعَها من الوارِثِ وشَفيعُها أجنَبيٌّ فلا شَكَّ أنّه لا شُفْعةَ عندَ أبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ؛ لأنّ بيعَها من الوارِثِ بمثلِ القيمةِ فاسِدٌ عندَه فبالمُحاباةِ أولى ولا شُفْعةَ في البيعِ الفاسِدِ، وعندَهما البيعُ جائزٌ ولكنْ يَدْفَعُ قدرَ المُحاباةِ فتجبُ الشُّفْعةُ، ولو باعَ من أجنَبيٍّ فكذلك لا شُفْعةَ للوارِثِ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنّ الشّفيعَ يأخُذُها بتلك الصّفْقةِ بالتّحوُّلِ إليه أو بصَفْقةٍ مُبْتَدَأةٍ مُقَدّرةٍ بينهما فكان بيعًا من الوارِثِ بالمُحاباةِ، وسَواءٌ أجازَتِ الورَثةُ أو لم يُجيزوا [1]؛ لأنّ الإجازةَ مَحَلُّها العقدُ الموقوفُ، والشِّراءُ وقَعَ نافِذًا من المُشْتَري؛ لأنّ المُحاباةَ قدرُ الثُّلُثِ وهي نافِذةٌ من الأجنَبيِّ فلَغَتِ الإجازةُ في حقِّ المُشْتَري فتَلْغو في حقِّ الشّفيعِ أيضًا.

وأمّا عندَهما: فقد اختلفتِ الرِّواياتُ فيه؛ في رِوايةِ كِتاب الشُّفْعةِ من الأصلِ والجامِعِ لا شُفْعةَ له، وفي رِوايةِ كِتاب الوصايا له الشُّفْعةُ، وهي من مسائلِ الجامِعِ تُعْرَفُ ثَمّةَ إنْ شاء اللّه تعالى.

ومنها: ملكُ الشّفيعِ وقتَ الشِّراءِ في الدّارِ التي يأخُذُها بالشُّفْعةِ؛ لأنّ سببَ الاستِحْقاقِ جِوارُ [2] الملكِ، والسّبَبُ إنّما [٣/ ١٧٤ أ] يَنْعَقِدُ سببًا عندَ وجودِ الشّرطِ، والانعِقادُ أمرٌ زائدٌ على الوجودِ فإذا لم يوجدْ عندَ البيعِ كيفَ يَنْعَقِدُ سببًا؟ فلا شُفْعةَ له بدارٍ يَسْكُنُها بالإجارةِ والإعارةِ، ولا بدارٍ باعَها قبل الشِّراءِ، ولا بدارٍ جَعَلَها مسجِدًا، ولا بدارٍ جَعَلَها وقفًا، وقضَى القاضي بجَوازِه أو لم يقضِ على قولِ مَنْ يُجيزُ الوقفَ؛ لأنّه زالَ ملكُه عنها

---

(١) في المخطوط: «تجزه».

(٢) في المخطوط: «جواز».

لا إلى أحدٍ، وَمنها ظُهورُ ملكِه للمُشْتَري عندَ الإنْكارِ بحُجّةٍ مُطْلَقةٍ؛ وهي البيِّنةُ وهذا في الحقيقةِ شرطُ ظُهورِ الحقّ لا شرطُ ثُبوتِه، وعلى هذا يُخرّجُ ما إذا أنْكرَ المُشْتَري كونَ الدّارِ التي يَشْفَعُ بها مَمْلوكةً للشّفيعِ أنّه ليس له أنْ يأخُذَ بالشُّفْعةِ حتّى يُقيمَ البيِّنةَ أنّها دارُه، وهذا قولُ أبي حنيفةِ ومحمّدٍ وإحدَى الرِّوايتيْنِ عن أبي يوسُفَ [١].

ورُوِيَ عنه رِوايةٌ أُخرى أنّ هذا ليس بشرطٍ، والقولُ قولُ الشّفيعِ ولا يَحْتاجُ إلى إقامةِ البيِّنةِ وهو قولُ زُفَرَ والشّافعيِّ رحمهما الله [٢].

وَجْهُ هذه [٣] الرِّوايةِ: أنّ الملكَ كان ثابتًا للشّفيعِ في هذه الدّارِ لوجودِ سبب الثُّبوتِ، وما ثَبَتَ يَبْقَى إلى أنْ يوجدَ المُزيلُ ولأنّ اليدَ دَليلُ الملكِ، ألا تَرَى أنّ مَنْ رأى شيئًا في يَدِ إنسانٍ حَلّ له أنْ يَشْهَدَ له بالملكِ دَلّ أنّ اليدَ دَليلُ الملكِ من حيثُ الظّاهرُ فكان الملكُ ثابتًا للشّفيعِ ظاهرًا.

وَجْهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: أنّ سببَ ثُبوتِ الحُكمِ لا يوجِبُ بقاءَه وإنّما البقاءُ بحُكمِ استِصْحاب الحالِ [والثابت باستصحاب الحال] [٤] لا يصْلُحُ للإلْزامِ على الغيرِ؛ كحَياةِ المفْقودِ وحُرّيّةِ الشُّهودِ ونحوِ ذلك، والحاجةُ ههنا إلى إلْزامِ المُشْتَري، فلا يَظْهَرُ الملكُ في حقِّ المُشْتَري.

وقوله: اليدُ دَليلُ الملكِ قُلْنا: إنْ سَلِمَ ذلك فالثّابتُ باليدِ ملكٌ يَظْهَرُ في حقِّ الدّفْعِ لا في حقِّ الاستِحْقاقِ على الغيرِ، والحاجةُ ههنا إلى الاستِحْقاقِ على المُشْتَري فلا يَكفي الملكُ الثّابتُ بظاهرِ اليدِ.

وذُكِرَ عن أبي يوسُفَ فيمَنِ ادّعَى على آخَرَ دارًا وأقامَ البيِّنةَ على أنّ هذه الدّارَ كانت في يَدِ أبيه مات وهي في يَدِه أنّه يُقْضَى له بالدّارِ فإنْ جاءَ يَطْلُبُ بها شُفْعةَ دارٍ أُخرى إلى جَنْبها لم يُقْضَ له بالشُّفْعةِ حتّى يُقيمَ البيِّنةَ على الملكِ لم يَجْعَلِ القضاءَ باليدِ قضاءً بالملكِ على الإطلاقِ حيثُ لم يوجِبْ به الشُّفْعةَ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٤/ ١٤٠٠).
(٢) مذهب الشافعية: لا يبطل حق الشفيع بإنكار المشترى. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص٣٣٨).
(٣) في المخطوط: «ظاهر».
(٤) زيادة من المخطوط.

وعلى هذا يُخرّجُ ما (ذُكِرَ عن) [١] محمّدٍ أنّه قال في حائطٍ بين دارَيْنِ لكُلِّ واحدٍ منهما عليه خَشَبةٌ ولا يُعْلَمُ أنّ الحائطَ بينهما إلاّ بالخشَبةِ فبيعَتْ إحدى الدّارَيْنِ أنّه إنْ أقامَ الآخَرُ بيّنةً أنّ الحائطَ بينهما فهو أحقُّ من الجارِ؛ لأنّه شريكٌ، وإنْ لم يُقِم بيّنةً لم أجعَلْه شريكًا؛ لأنّ ملكَ الحائطِ بينهما لم يَثْبُتْ إلاّ بظاهرِ الاستعمالِ بالخشَبةِ، والملكُ الثّابتُ بمثلِ هذا الظّاهرِ لا يَكفي لاستِحْقاقِ الشُّفْعةِ، قال: ولو أقَرّ البائعُ قبل البيعِ أنّ الحائطَ بينهما لم أجعَلْ له بهذا شُفْعةً بمنزلةِ دارٍ في يَدِ رجلٍ أقَرّ أنّها لآخَرَ فبيعَتْ إلى جَنْبها دارٌ فطَلَبَ المُقَرُّ له الشُّفْعَةَ فلا شُفْعَةَ له حتّى يُقيمَ البيِّنةَ أنّ الدّارَ دارُه؛ لأنّ الملكَ في الموضِعَيْنِ جميعًا ثَبَتَ بالإقرارِ وأنّه حُجّةٌ قاصِرةٌ، فيَظْهَرُ في حقِّ المُقِرِّ في المسألةِ الأولى، وفي المسألةِ الثّانيةِ يَظْهَرُ في حقِّ المُقَرِّ له خاصّةً ولا يتعدّى إلى المُشْتَري.

وذَكَرَ في المُنْتَقى عن أبي يوسُفَ في رجلٍ في يَدِه دارٌ عَرَفَ القاضي أنّها له، فبيعَتْ دارٌ إلى جَنْب دارِه فقال الشّفيعُ - بعدَ بيعِ الدّارِ التي فيها الشُّفْعةُ -: داري هذه لفُلانٍ وقد بعْتُها منه مُنْذُ سَنةٍ، وقال: هذا في وقتٍ يقدِرُ على الأخذِ بالشُّفْعةِ، أو طَلَبها لنفسِه، قال: لا شُفْعَةَ له في الدّارِ حتّى يُقيمَ المُقَرُّ له بيّنةً [٢] على المُشْتَري، أمّا المُقِرُّ فلا شَكّ أنّه لا شُفْعَةَ له لأنّه لا ملكَ له وقتَ البيعِ في الدّارِ بإقرارِه بالبيعِ قبله.

وأمّا المُقَرُّ له فلِما ذَكَرْنا أنّ الملكَ الثّابتَ بالإقرارِ ليس بثابتٍ بحُجّةٍ مُطْلَقةٍ لكَوْنِ الإقرارِ حُجّةً قاصِرةً فلا يَظْهَرُ في حقِّ الاستِحْقاقِ على المُشْتَري.

وذَكَرَ الخصّافُ في إسقاطِ الشُّفْعةِ: أنّ البائعَ إذا أقَرّ بسَهْم من الدّارِ للمُشْتَري ثُمّ باعَ منه بقيّةَ [٣/ ١٧٤ ب] الدّارِ أنّ الجارَ لا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ؛ لأنّ المُشْتَريَ صار شريكَ البائعِ في ذلك السّهْم، والشّريكُ مُقَدّمٌ على الجارِ، ومن أصحابنا مَنْ خَطّأ الخصّافَ في هذا وقال: تجبُ الشُّفْعةُ للجارِ؛ لأنّ شركةَ المُشْتَري لم تَثْبُتْ إلاّ بالإقرارِ من البائعِ، والإقرارُ حُجّةٌ قاصِرةٌ فلا يَظْهَرُ في حقِّ الجارِ فكان على شُفْعَتِه، وكان يَسْتَدِلُّ بمسألةِ الحائطِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

ومنها: أنْ لا تكونَ الدّارُ المشْفوعةُ ملكًا للشّفيعِ وقتَ البيعِ، فإنْ كانت لم تجبِ الشُّفْعةُ لاستِحالةِ تَمَلُّكِ الإنسانِ مالَ نفسِه، وعلى هذا يُخرّجُ ما إذا باعَ المأذونُ دارًا والمولى

(١) في المخطوط: «ذكره».

(٢) في المخطوط: «البينة».

شَفيعُها أنّه إنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ فلا شُفْعةَ للمولى؛ لأنّها ملكُ المولى، والعبدُ كالوكيلِ عنه بالبيعِ فلا تَثْبُتُ له الشُّفْعةُ، وإنْ كان عليه دَيْنٌ فلَه الشُّفْعةُ؛ لأنّ المولى لا يملِكُ كسْبَ عبدِه المأذونِ المديونِ فكان بمنزلةِ الأجنَبيِّ وكذا إذا باعَ المولى دارًا والمأذونُ شَفيعُها وعليه دَيْنٌ فلَه الشُّفْعةُ؛ لأنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ بمنزلةِ الشِّراءِ من المُشْتَري، وشراءُ كُلِّ واحدٍ منهما من صاحِبه جائزٌ، وإنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ فلا يُتَصَوّرُ الأخذُ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ الأخذَ يقعُ تَمَلُّكًا للمولى، وتَمَلُّكُ المملوك مُحالٌ.

ولو اشترى المأذونُ [دارًا] (١) والمولى شَفيعُها؛ فإنْ كان عليه دَيْنٌ فلِمولاه الشُّفْعةُ؛ لأنّ الملكَ بالشِّراءِ لم يقعْ للمولى وإنْ لم يكنْ عليه دَيْنٌ فلا يَسْتَحِقُّ الأخذَ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ الملكَ يقعُ له وكذا إذا اشترى المولى دارًا والمأذونُ شَفيعُها فإنْ كان عليه دَيْنٌ فلَه الشُّفْعةُ وإنْ لم يكنْ فلا يُتَصَوّرُ الأخذُ بالشُّفْعةِ لما قُلْنا.

وأمّا المُكاتَبُ إذا باعَ أو اشترى دارًا والمولى شَفيعُها فلَه أنْ يأخُذَ بالشُّفْعةِ سَواءٌ كان عليه دَيْنٌ أو لم يكنْ؛ لأنّه فيما يَبيعُ ويشتري مع المولى بمنزلةِ الأجنَبيِّ؛ لأنّه حُرٌّ يَدًا ألا تَرَى أنّه لا سبيلَ لمولاه على ما في يَدِه فكان في حقِّ ما في يَدِه مُلْحقًا بسائرِ الأجانِب، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

ومنها: عَدَمُ الرِّضا من الشّفيعِ بالبيعِ وحُكمِه، فإنْ رَضِيَ بالبيعِ أو بحُكمِه فلا شُفْعةَ له؛ لأنّ حقّ الشُّفْعةِ إنّما يَثْبُتُ له دَفْعًا لضَرَرِ المُشْتَري، فإذا رَضِيَ بالشِّراءِ أو بحُكمِه فقد رَضِيَ بضَرَرِ جِوارِه فلا يَسْتَحِقُّ الدّفْعَ بالشُّفْعةِ، ثُمّ الرِّضا قد يكونُ صَريحًا وقد يكونُ دَلالةً.

أمّا الصّريحُ فلا يُشْكِلُ، وأمّا الدّلالةُ فنحوَ أنْ يَبيعَ الشّفيعُ الدّارَ المشْفوعَ فيها بأنْ وكّلَه صاحِبُ الدّارِ ببيعِها فباعَها فلا شُفْعةَ له؛ لأنّ بيعَ الشّفيعِ دَلالةُ الرِّضا بالعقدِ، وثُبوتُ حُكمِه وهو الملكُ للمُشْتَري، وكذلك المُضارِبُ إذا باعَ دارًا من مالِ المُضارَبةِ ورَبُّ المالِ شَفيعُها بدارٍ له أُخرى فلا شُفْعةَ لرَبِّ الدّارِ سَواءٌ كان في الدّارِ رِبْحٌ أو لم يكنْ.

أمّا إذا لم يكنْ فيها رِبْحٌ؛ فلأنّ المُضارِبَ وكيلُه (٢) بالبيعِ والرِّضا بالتّوْكيلِ بالبيعِ رِضًا

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وكله».

بالبيعِ وحُكمِه ضَرورةً وأنّه يمْنَعُ وجوبَ الشُّفْعةِ وإنْ كان فيها رِبْحٌ، أمّا في حِصّةِ رَبِّ المالِ فلِما ذَكَرْنا من وجودِ دَلالةِ الرِّضا بالبيعِ في حِصّتِه.

وأمّا في حِصّةِ المُضارِب؛ فلأنّه مَتى امتَنَعَ الوجوبُ في حِصّةِ رَبِّ المالِ - فلو ثَبَتَ في حِصّةِ المُضارِب - لأدّى إلى تَفْريقِ الصّفْقةِ على المُشْتَري وأنّه لا يجوزُ، ولأنّ المُشْتَريَ صار شريكًا للمُضارِب، والشّريكُ مُقَدّمٌ على الجارِ.

ولو كان الشّفيعُ وكيلاً بشراءِ الدّارِ المشْفوعِ فيها فاشترى لموَكِّلِه فلِلشّفيعِ الشُّفْعةُ؛ لأنّ الشِّراءَ لغيرِه لا يكونُ فوْقَ الشِّراءِ لنفسِه، والشِّراءُ لنفسِه لا يمْنَعُ وجوبَ الشُّفْعةِ حتّى لو اشترى الدّارَ المشْفوعَ فيها ثُمّ حَضَرَ شَفيعٌ آخَرُ كان له أنْ يأخُذَ النِّصفَ بالشُّفْعةِ، فالشِّراءُ لغيرِه لأنْ لا يمْنَعَ الوجوبَ أولى.

ولو باعَ رَبُّ المالِ دارًا لنفسِه - والمُضارِبُ شَفيعُها - بدارٍ من المُضارَبةِ فإنْ كان في يَدِه من مالِ المُضارَبةِ وفاءٌ بثَمَنِ الدّارِ لم تجبِ الشُّفْعةُ؛ لأنّ الأخذَ إذْ ذاكَ يقعُ لرَبِّ المالِ وقد وُجِدَ منه دَلالةُ الرِّضا بثُبوتِ الملكِ للمُشْتَري وأنّه يمْنَعُ وجوبَ الشُّفْعةِ، ولو لم يكنْ في يَدِه وفاءٌ؛ فإنْ لم يكنْ في الدّارِ رِبْحٌ فلا شُفْعةَ أيضًا؛ لأنّ الأخذَ يقعُ لرَبِّ المالِ، وإنْ كان فيها رِبْحٌ فللمُضارِب [٣/ ١٧٥ أ] أنْ يأخُذَها بالشُّفْعةِ لنفسِه؛ لأنّ له نصيبًا في ذلك ولم يوجدْ منه الرِّضا بسُقوطِ حقِّه.

ولو اشترى أجنَبيٌّ دارًا إلى جَنْب دارِ المُضارَبةِ؛ فإنْ كان في يَدِ المُضارِب وفاءٌ بالثّمَنِ فلَه أنْ يأخُذَها بالشُّفْعةِ للمُضارَبةِ وله أنْ يُسَلِّمَ الشُّفْعةَ؛ لأنّ حقّ الأخذِ له فيملِكُ تَسْليمَه، وإنْ لم يكنْ في يَدِه وفاءٌ؛ فإنْ كان في الدّارِ رِبْحٌ فالشُّفْعةُ لرَبِّ المالِ والمُضارِب جميعًا؛ لأنّ الدّارَ مُشْتَرَكةٌ بينهما، وإنْ لم يكنْ فيها رِبْحٌ فالشُّفْعةُ لرَبِّ المالِ خاصّةً؛ لأنّ الدّارَ ملكُه خاصّةً والشُّفْعةُ من حُقوقِ الملكِ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا باعَ الدّارَ على أنْ يَضْمَنَ له الشّفيعُ الثّمَنَ من المُشْتَري، فضَمِنَ وهو حاضِرٌ حتّى جاز البيعُ أنّه لا شُفْعةَ للشّفيعِ؛ لأنّ ضَمانَ الثّمَنِ من المُشْتَري دَلالةُ الرِّضا بالشِّراءِ (١) وحُكمِه؛ لأنّ تَمامَ العقدِ وإبْرامَه يتعلّقُ به، فكان دَليلَ الرِّضا.

وكذا لو اشترى المُشْتَري الدّارَ على أنْ يَضْمَنَ الشّفيعُ الدّرَكَ عن البائعِ فضَمِنَ وهو

---

(١) في المخطوط: «بالبيع».

حاضِرٌ حتّى جاز البيعُ [أنّه] [١] لا شُفْعةَ للشّفيعِ ؛ لأنّه لَمّا ضَمِنَ الدّرَكَ فقد صار راضيًا بالعقدِ وحُكمِه ، وهو الملكُ للمُشْتَري فلم تجبِ الشُّفْعةُ ، وأمّا إسلامُ الشّفيعِ فليس بشرطٍ لوجوبِ الشُّفْعةِ فتجبُ لأهلِ الذِّمّةِ فيما بينهم ، ولِلذِّمّيِّ على المسلمِ ؛ لأنّ هذا حقُّ التّمَلُّكِ على المُشْتَري بمنزلةِ الشِّراءِ منه ، والكافرُ والمسلمُ في ذلك سَواءٌ ؛ لأنّه من الأُمورِ الدُّنْيَويّةِ .

ورُوِيَ عن شُرَيْحٍ أنّه قضَى بالشُّفْعةِ لذِمّيٍّ على مسلمٍ فكَتَبَ إلى سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنه فأجازَه وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله تعالى عنهم فيكونُ ذلك إجماعًا .

وَلو اشترى ذِمّيٌّ من ذِمّيٍّ دارًا بخمرٍ أو خِنْزيرٍ وشَفيعُها ذِمّيٌّ أو مسلمٌ وجَبَتِ الشُّفْعةُ عندَ أصحابنا رحمهم الله [٢] .

وقال الشّافعيُّ رحمه الله: لا تجبُ ؛ بناءً على أنّ ذلك ليس بمالٍ عندَه أصلاً حتّى لم يكنْ مَضْمونًا بالإتْلافِ أصلاً [٣] ، ومن شرطِ وجوب الشُّفْعةِ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ ، وعندَنا هو مالٌ مُتَقَوِّمٌ في حقِّ أهلِ الذِّمّةِ بمنزلةِ الخلِّ والشّاةِ لَنا ، ثُمّ إذا وجَبَتِ الشُّفْعةُ - فإنْ كان الشّفيعُ ذِمّيًّا أخذ الدّارَ بمثلِ الخمْرِ وبقيمةِ الخِنْزيرِ ؛ لأنّ الخمْرَ عندَهم من ذَواتِ الأمثالِ كالخلِّ ، والخِنْزيرُ ليس من ذَواتِ الأمثالِ بل من ذَواتِ القيمِ كالشّاةِ ، وإنْ كان مسلمًا أخذها بقيمةِ الخمْرِ والخِنْزيرِ ؛ لأنّ الأخذَ تَمَلُّكٌ والمسلمُ ليس من أهلِ تَمَلُّكِ الخمْرِ والخِنْزيرِ ومَتَى تَعَذّرَ عليه التّمَلُّكُ بالعيْنِ تَمَلّكَ بالقيمةِ ؛ كما لو كان الشِّراءُ بالعرَضِ أنّه يأخُذُها بقيمةِ العرَضِ كذا هذا .

وَكذا الحُرّيّةُ والذُّكورةُ والعقلُ والبُلوغُ والعدالةُ فتجبُ الشُّفْعةُ للمأذونِ والمُكاتَبِ ومُعْتَقِ البعضِ والنِّسْوانِ والصِّبْيانِ والمجانينِ وأهلِ البغْيِ ؛ لأنّه حقٌّ مبنيٌّ على الملكِ ، وهؤلاء من أهلِ ثُبوتِ الملكِ لهم إلاّ أنّ الخصْمَ فيما يجبُ للصّبيِّ أو عليه وليُّه الذي يتصَرّفُ في مالِه من الأب ووَصيِّه ، والجدُّ لأبٍ ووَصيِّه ، والقاضي ووَصيِّ القاضي ، فإذا

---

(١) ليست في المخطوط .

(٢) **انظر في مذهب الحنفية:** الهداية (٤/ ١٤٠٥) .

(٣) **مذهب الشافعية:** إذا اشترى ذميٌّ شقصًا مشفوعًا من ذمي بخمر وفيه لمسلم أو ذمي شركة فلا يحكم بالشفعة ؛ لأن الشراء الفاسد لا يفيد الملك ، فملكه قائم . انظر : الوسيط في المذهب (٤/ ٧٦) .

بيعَتْ دارٌ والصّبيُّ شَفيعُها كان لوَليِّه أنْ يُطالب بالشُّفْعةِ ويأخُذَ له؛ لأنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ بمنزلةِ الشِّراءِ من المُشْتَري، والوليُّ يملِكُ ذلك كما يملِكُ الشِّراءَ فإنْ سَلّمَ الشُّفْعةَ صَحّ التّسْليمُ ولا شُفْعةَ للصّبيِّ إذا بَلَغَ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رضي الله عنهما، وعندَ محمّدٍ وزُفَرَ رحمهما الله لا يصحُّ تَسْليمُه والصّبيُّ على شُفْعَتِه إذا بَلَغَ.

وَجهُ قولِهما: أنّ هذا حقٌّ ثَبَتَ للصّبيِّ [نَظَرًا] (١) فإبْطالُه لا يكونُ نَظَرًا في حقِّه، ومثلُ هذا لا يدخلُ تحت وِلايةِ الوليِّ كالعفوِ عن قِصاصٍ وجَبَ للصّبيِّ على إنسانٍ والإبْراءِ عن كفالَتِه بنفسٍ أو مالٍ.

ولأبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله ما ذَكَرْنا: أنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ بمنزلةِ الشِّراءِ فتَسْليمُه امتِناعٌ من الشِّراءِ، وللوَليِّ وِلايةُ الامتِناعِ من الشِّراءِ، ألا تَرى أنّ مَنْ قال: بِعْت هذا الشّيءَ لفُلانٍ الصّبيِّ لا يَلْزَمُ الوليّ القبولُ؛ وهذا لأنّ الوليّ يتصَرّفُ في مالِ الصّبيِّ على وجه المصْلَحةِ، والمصْلَحةُ قد تكونُ في الشِّراءِ وقد تكونُ في تَرْكِه والوليُّ أعلَمُ بذلك فيُفَوّضُ إليه.

وعلى هذا الخلافِ إذا سَكَتَ الوليُّ أو الوصيُّ عن الطّلَب أنّه يَبْطُلُ [٣/ ١٧٥ ب] حقُّ الشُّفْعةِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله وعندَ محمّدٍ وزُفَرَ رحمهما الله لا يَبْطُلُ، وذُكِرَ في نَوادِرِ أبي يوسُفَ - رحمه الله - فيمَنِ اشترى دارًا وابنُه الصّغيرُ شَفيعُها كان له أنْ يأخُذَ لابنِه الصّغيرِ بالشُّفْعةِ، فإنْ لم يأخُذْ وسَلّمَ لنفسِه جاز؛ لأنّ الشِّراءَ لا يُنافي الأخذَ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما تَمَلّكَ بعِوَضٍ ولهذا لو كان وكيلاً بالشِّراءِ لغيرِه كان له أنْ يأخُذَ بالشُّفْعةِ لنفسِه فلأنْ يملِكَ الأخذَ لابنِه أولى، وإذا مَلَكَ الأخذَ مَلَكَ التّسْليمَ؛ لأنّه امتِناعٌ عن (٢) الأخذِ.

ولو باعَ دارًا لنفسِه وابنُه شَفيعُها لم يكنْ له أنْ يأخُذَ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ تَمَلُّكٌ والبيعُ تمليكٌ فيُنافي التّمَلُّكَ، ولهذا لا يملِكُ الوكيلُ بالبيعِ لغيرِه أنْ يأخُذَ بالشُّفْعةِ [لنفسه] (٣) وإذا لم يملِكِ الأخذَ لم يملِكِ التّسْليمَ فلم يصحّ تَسْليمُه وتَوَقّفَ إلى حينِ بُلوغِ الصّبيِّ كما إذا لم يكنْ له وليّ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «من».

(٣) زيادة من المخطوط.

وأمّا الوصيُّ إذا اشترى دارًا لنفسِه والصّبيُّ شَفيعُها لم يكنْ له أنْ يأخُذَ بالشُّفْعةِ للصّغيرِ ولو سَلّمَ الشُّفْعةَ؛ فالصّغيرُ على شُفْعَتِه وكذا إذا باعَ؛ لأنّه مَلَكَ الدّارَ بالشِّراءِ لنفسِه فبالأخذِ بالشُّفْعةِ للصّغيرِ يُريدُ تمليكَ ما مَلَكه من الصّغيرِ. والوصيُّ لا يملِكُ تمليكَ مالِ الصّغيرِ إلاّ إذا كان فيه نَفْعٌ ظاهرٌ له، وإذا لم يملِكِ الأخذَ بالشُّفْعةِ لم يكنْ سُكوتُه عن الطّلَب تَسْليمًا للشُّفْعةِ فبقيَ حقُّ الصّغيرِ في الشُّفْعةِ يأخُذُه إذا بَلَغَ، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

فصل [فيما يتأكد به حق الشفعة ويستقر]

وأمّا بيانُ ما يتأكّدُ به حقُّ الشُّفْعةِ ويَسْتَقِرُّ فنَقولُ - وباللّه تعالى التّوْفيقُ -: إنّه يتأكّدُ ويَسْتَقِرُّ بالطّلَب، والكلامُ في الطّلَب في مواضِعَ:

- في بيانِ وقتِ الطّلَب.
- وفي بيانِ شُروطِه.
- وفي بيانِ كيْفيّتِه.

وفي بيانِ حُكمِه.

امّا وقتُه: فالطّلَبُ نوعانِ: طَلَبُ مواثَبةٍ وطَلَبُ تقريرٍ، أمّا طَلَبُ المواثَبةِ فوقتُه وقتُ علمِ الشّفيعِ بالبيعِ حتّى لو سَكَتَ عن الطّلَب بعدَ البيعِ قبل العلمِ به لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه؛ لأنّه ترك الطّلَبَ قبل وقتِ الطّلَب فلا يَضُرُّه ثُمّ علمُه بالبيعِ قد يَحْصُلُ بسَماعِه بالبيعِ بنفسِه وقد يَحْصُلُ بإخبارِ غيرِه، لكنْ هل يُشْتَرَطُ فيه العدَدُ والعدالةُ؟ اختلف أصحابُنا رحمهم الله فيه فقال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: يُشْتَرَطُ أحدُ هذَيْنِ إمّا العدَدُ في المُخْبِرِ رجلانِ أو رجلٌ وامرأتانِ وإمّا العدالةُ، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: لا يُشْتَرَطُ فيه العدَدُ ولا العدالةُ حتّى لو أخبَرَه واحدٌ بالشُّفْعةِ عَدْلاً كان [المخبر] (١) أو فاسِقًا، حُرًّا أو عبدًا مأذونًا، بالِغًا أو صَبيًّا، ذَكَرًا أو أُنْثى، فسَكَتَ ولم يَطْلُبْ على فوْرِ الخبَرِ على رِوايةِ الأصلِ أو لم يَطْلُبْ في المجلسِ على رِوايةِ محمّدٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُه عندَهما إذا ظَهَرَ كونُ الخبَرِ صِدْقًا، وهذا على اختلافِهم عن عَزْلِ الوكيلِ وعن جِنايةِ (٢) العبدِ وعن عَجْزِ (٣) المولى على ما نَذْكُرُ في

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «خيار».
(٣) في المخطوط: «حجر».

كِتاب الوكالةِ، فهما يقولانِ: العدَدُ والعدالةُ ساقِطا [(١)] الاعتِبارِ شرعًا في المُعامَلاتِ، وهذا من باب المُعامَلةِ فلا يُشْتَرَطُ فيه العدَدُ ولا العدالةُ.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه: أنّ هذا إخبارٌ فيه معنى الإلْزامِ ألا تَرَى أنّ حقّ الشّفيعِ يَبْطُلُ لو لم يَطْلُبْ بعدَ الخبَرِ فأشبَهَ الشّهادةَ فيُعْتَبَرُ فيه أحدُ شرطَيِ الشّهادةِ وهو العدَدُ أو العدالةُ.

ولو أخبرَ المُشْتَرِي الشّفيعَ بنفسِه فقال: قد اشتريْتُه فلم يَطْلُبْ شُفْعَتَه وإنْ لم يكنِ المُشْتَرِي عَدْلاً كذا رُوِيَ عن أبي حنيفةَ؛ لأنّ المُشْتَرِيَ خَصْمٌ، وعَدالةُ الخصْمِ ليستْ بشرطٍ في الخُصوماتِ، وقالوا في المُخَيّرةِ إذا بَلَغَها التّخْييرُ: إنّه لا يُشْتَرَطُ في المُخبِرِ العدَدُ ولا العدالةُ.

والفرقُ لأبي حنيفة رحمه الله: أنّ الإخبارَ عن التّخْييرِ ليس في معنى الشّهادةِ؛ لخُلوِّه عن إلْزامِ حُكمٍ فلم يُعْتَبَرْ فيه أحدُ شرطَيِ الشّهادةِ، بخلافِ الإخبارِ عن البيعِ في باب الشُّفْعةِ على ما بيّنّا، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأمّا شرطُه: فهو أنْ يكونَ على فوْرِ العلمِ بالبيعِ إذا كان قادِرًا عليه، حتّى لو عَلِمَ بالبيعِ وسَكَتَ عن الطّلَب مع القُدْرةِ عليه بَطَلَ حقُّ الشُّفْعةِ في رِوايةِ الأصلِ ورُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه على المجلسِ كخيارِ المُخَيّرةِ وخيارِ القبولِ ما لم [٣/ ١٧٦ أ] يَقُم عن المجلسِ أو يتشاغَلْ عن الطّلَب بعَمَلٍ آخرَ لا تَبْطُلُ شُفْعَتُه وله أنْ يَطْلُبَ، وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّ هذا أصَحُّ الرّوايتيْنِ.

وَجهُ هذه الرّوايةِ: أنّ حقّ الشُّفْعةِ ثَبَتَ نَظَرًا للشّفيعِ دَفْعًا للضّرَرِ عنه فيُحْتاجُ إلى التّأمُّلِ أنّ هذه الدّارَ هل تَصْلُحُ بمثلِ هذا الثّمَنِ؟ وأنّه هل يتضَرّرُ بجِوارِ هذا المُشْتَرِي فيأخُذَ [بالشُّفْعةِ] [(٢)]؟ أو لا يتضَرّرُ فيَتْرُكَ؟ وهذا لا يصحُّ بدونِ العلمِ بالبيعِ؟ والحاجةُ إلى التّأمُّلِ شرطُ المجلسِ في جانِب المُخَيّرةِ والقبولُ كذا ههنا.

وَجهُ رِوايةِ الأصلِ: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**الشُّفعةُ لمَنْ واثَبها**» [(٣)] ورُوِيَ

---

(١) في المخطوط: «ساقطة». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) قال الحافظ ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٠٣): «لم أجده، وإنما ذكره عبد الرزاق من قول شريح وكذا ذكره قاسم بن ثابت في أواخر غريب الحديث» اهـ. وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٠٢): «غريب»، ولم أر من ذكره».

وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٧٦): «غريب»، أي لا أصل له. والذي أشار إليه الحافظ أنه من

عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «إنما الشُّفعةُ كنَشطِ عِقالٍ إنْ قُيِّدَ مَكانه ثَبَتَ وإلّا ذَهَبَ» (١) وفي بعضِ الرِّواياتِ: «إنّما الشُّفعةُ كحَلِّ عِقالٍ إنْ قُيِّدَ مَكانه ثَبَتَ وإلّا فاللّوْمُ عليه» (٢) ولأنّه حقٌّ ضَعيفٌ مُتزلْزِلٌ لثُبوتِه على خلافِ (٣) القياسِ؛ إذِ الأخذُ بالشُّفْعةِ تَمَلُّكُ مالٍ معصومٍ بغيرِ إذنِ مالِكِه؛ لخَوْفِ ضَرَرٍ يحتملُ الوجودَ والعدَمَ فلا يَسْتَقِرُّ إلاّ بالطَّلَب على المواثَبةِ.

وأمّا الإشْهادُ فليس بشرطٍ لصحّةِ الطّلَب حتّى لو طَلَبَ على المواثَبةِ ولم يُشْهِدْ صَحّ طَلَبُه فيما بينه وبين اللّه سبحانه وتعالى - جَلّتْ عَظَمَتُه - وإنّما الإشْهادُ للإظهارِ عندَ الخُصومةِ على تقديرِ الإنْكارِ؛ لأنّ من الجائزِ أنّ المُشْتَرِيَ لا يُصَدِّقُ الشّفيعَ في الطّلَب أو لا يُصَدِّقُ في الفوْرِ ويكونُ القولُ قوله، فيَحْتاجُ إلى الإظهارِ بالبيِّنةِ عندَ القاضي على تقديرِ عَدَمِ التّصْديقِ؛ لأنّه شرَطَ صحّةَ الطّلَب. ونَظيرُه: مَنْ أخذ لُقَطةً ليَرُدّها على صاحِبها فهَلَكَتْ في يَدِه لا ضَمانَ عليه فيما بينه وبين اللّه تَبارَكَ وتعالى، وإنّما الحاجةُ إلى الإشْهادِ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه لتَوْثيقِ الأخذِ للرّدِّ على تقديرِ الإنْكارِ؛ إلاّ أنّه شرَطَ البراءةَ عن الضّمانِ حتّى لو صَدّقَه صاحِبُها في ذلك ثُمّ طَلَبَ منه الضّمانَ ليس له ذلك بالإجماعِ كذا هذا.

وإذا طَلَبَ على المواثَبةِ؛ فإنْ كان هناك شُهودٌ أشهَدَهم وتَوَثّقَ الطّلَبُ، وإنْ لم يكنْ بحَضْرَتِه مَنْ يُشْهِدُه فبَعَثَ في طَلَب شُهودٍ لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه لما قُلْنا أنّ الإشْهادَ لإظهارِ الطّلَب عندَ الحاجةِ، لكنْ يصحُّ الإشْهادُ على الطّلَب على رِوايةِ الفوْرِ فبَطَلَتِ الشّهادةُ على الفوْرِ ضَرورةً. وعلى رِوايةِ المجلسِ إذا قال - وهو في المجلسِ -: ادْعوا لي شُهودًا أُشْهِدُهم فجاءَ الشُّهودُ (٤) فأشهَدَهم صَحّ وتَوَثّقَ الطّلَبُ؛ لأنّ المجلسَ قائمٌ، ولو أخبَرَ

قول الإمام شريح هو عند عبد الرزاق في «مصنفه» (٨/ ٨٣ برقم (١٤٤٠٦) عن الحسن بن عمارة، عن رجل، عن شريح من قوله.
وسنده ضعيف جدًا: الحسن بن عمارة متروك وشيخه مجهول، فالحديث لا يصح مرفوعا ولا موقوفًا.
(١) لم أقف عليه، وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٥٦، ٥٧)، ونيل الأوطار (٦/ ٨٧).
(٢) أخرجه ابن ماجه، كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة برقم (٢٥٠٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٨)، وابن عدي في «الكامل» (٦/ ١٧٧)، وابن حبان في «المجروحين» (٢/ ٢٦٦)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٦/ ٥٦)، والبزار كما في «نصب الراية» (٤/ ١٧٦)، ومن طريقه ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٩١) من حديث ابن عمر. وقال الألباني في «ضعيف ابن ماجه» (ص١٩٦) برقم (٥٤٢): ضعيف جدًا.
(٣) في المخطوط: «مخالفة».
(٤) في المخطوط: «الشهداء».

ببيعِ الدّارِ فقال: الحمْدُ للّه قد ادّعَيْتُ شُفْعَتَها، أو سبحان اللّه قد ادّعَيْتُ شُفْعَتَها فهو على شُفْعَتِه على رِوايةِ محمّدٍ؛ لأنّ هذا يُذْكَرُ لافْتِتاحِ الكلامِ تَبرُّكًا به فلا يكونُ دَليلَ الإعراضِ عن الطّلَب.

وكذا إذا سَلّمَ أو شَمّتَ العاطِسَ؛ لأنّ ذلك ليس بعَمَلٍ يَدُلُّ على الإعراضِ؛ ولهذا لم يَبْطُلْ به خيارُ المُخيّرةِ، وكذلك إذا قال مَنِ ابتاعَها وبكَم بيعَتْ؟ لأنّ الإنسانَ قد يَرْضَى بمُجاوَرةِ إنسانٍ دونَ غيرِه وقد تَصْلُحُ له الدّارُ بثَمَنٍ دونَ غيرِه فكان السُّؤالُ عن حالِ الجارِ ومِقْدارِ الثّمَنِ من مُقَدِّماتِ الطّلَب لا إعراضًا عنه، وهذا كُلُّه على رِوايةِ اعتِبارِ المجلسِ، فأمّا على رِوايةِ اعتِبارِ الفوْرِ تَبْطُلُ شُفْعَتُه في هذه المواضِعِ لانقِطاعِ الفوْرِ من غيرِ ضَرورةٍ.

ولو أُخْبرَ بالبيعِ وهو في الصّلاةِ فمضى فيها فالشّفيعُ لا يَخْلو من أنْ يكونَ في الفرضِ أو في الواجِب أو في السُّنّةِ أو في النّفلِ المُطْلَقِ، فإنْ كان في الفرضِ لا تَبْطُلُ شُفْعَتُه؛ لأنّ قَطْعَها [1] حَرامٌ فكان معذورًا في تَرْكِ الطّلَب، وكذا إذا كان في الواجِب؛ لأنّ الواجِبَ مُلْحقٌ بالفرضِ في حقِّ العمَلِ، وإنْ كان في السُّنّةِ فكذلك؛ لأنّ هذه السُّنَنَ الرّاتِبةَ في معنى الواجِب، سَواءٌ كانتِ السُّنّةُ رَكعَتَيْنِ أو أربعًا كالأربعِ قبل الظُّهْرِ حتّى لو أخبرَ بعدَما صَلّى رَكعَتَيْنِ فوَصَلَ بهما الشّفْعَ [2] الثّانيَ لم تَبطُل شُفْعَتُه؛ لأنّها بمنزلةِ صَلاةٍ واحدةٍ واجِبةٍ.

وقال محمّد: إذا بَلَغَ الشّفيعَ البيعُ فصَلّى بعدَ الجمعةِ أربعًا لم تَبطُلْ شُفْعَتُه، وإنْ صَلّى أكثَرَ من ذلك بَطَلَتْ شُفْعَتُه؛ لأنّ الأربعَ بتَسْليمةٍ واحدةٍ سُنّةٌ فصار كالرّكعَتَيْنِ والزّيادةُ [٣/ ١٧٦ ب] عليهما ليستْ بسُنّةٍ.

وذَكَرَ محمّدٌ رحمه الله في المُخيّرةِ إذا كانت في صَلاةِ النّفلِ فزادَتْ على رَكعَتَيْنِ بَطَلَ خيارُها؛ لأنّ كُلّ شَفْعٍ من التّطَوُّعِ صَلاةٌ على حِدةٍ، والغائبُ إذا عَلِمَ بالشُّفْعةِ فهو مثلُ الحاضِرِ في الطّلَب والإشْهادِ؛ لأنّه قادِرٌ على الطّلَب الذي يتأكّدُ به الحقُّ وعلى الإشْهادِ الذي يتوَثّقُ به الطّلَبُ.

ولو وكّلَ الغائبُ رجلًا ليأخُذَ له بالشُّفْعةِ فذلك طَلَبٌ منه؛ لأنّ في التّوْكيلِ طَلَبًا وزيادةً، وإذا طَلَبَ الغائبُ على المواثَبةِ وأشهَدَ فلَه بعدَ ذلك من الأجَلِ مِقْدارُ المسافةِ

---

(١) في المخطوط: «قطعه».

(٢) في المخطوط: «الشفيع».

التي يأتي إلى حيثُ البائع أو المُشْتَري أو الدّار لا زيادةَ عليه؛ لأنّ تأجيلَ هذا القدرِ للضّرورةِ ولا ضَرورةَ للزّيادةِ.

أمّا طَلَبُ التّقْرير: فشرطُه أنْ يكونَ على فوْرِ الطّلَب الأوّلِ والإشْهادِ عليه، فإذا طَلَبَ على المواثَبَةِ وأشهَدَ على فوْرِه ذلك شَخْصًا إلى حيثُ البائع أو المُشْتَري أو الدّار إذا كان قادِرًا عليه، وتَفْصيلُ الكلامِ فيه أنّ المبيعَ إمّا أنْ يكونَ في يَدِ البائعِ وإمّا أنْ يكونَ في يَدِ المُشْتَري، فإنْ كان في يَدِ البائعِ فالشّفيعُ بالخيارِ إنْ شاء طَلَبَ من البائعِ وإنْ شاء طَلَبَ من المُشْتَري وإنْ شاء طَلَبَ عندَ الدّار.

أمّا [١] الطّلَبُ من البائعِ والمُشْتَري؛ فلأنّ كُلّ واحدٍ منهما خَصْمٌ البائعُ باليدِ والمُشْتَري بالملكِ، فكان كُلٌّ واحدٍ منهما خَصْمًا فصَحّ الطّلَبُ من كُلِّ واحدٍ منهما، وأمّا الطّلَبُ عندَ الدّارِ؛ فلأنّ الحقّ مُتَعَلِّقٌ بها فإنْ سَكَتَ عن الطّلَب من أحدِ المُتَبايِعَيْنِ وعندَ الدّارِ مع القُدْرةِ عليه بَطَلَتْ شُفْعَتُه؛ لأنّه فرّطَ في الطّلَب، وإنْ كان في يَدِ المُشْتَري فإنْ شاء طَلَبَ من المُشْتَري وإنْ شاء عندَ الدّارِ، ولا يَطْلُبُ من البائعِ؛ لأنّه خرج من أنْ يكونَ خَصْمًا لزوالِ يَدِه ولا ملكَ له فصار بمنزلةِ الأجنبيِّ، ولو لم يَطْلُبْ من المُشْتَري ولا عندَ الدّارَ وشَخَصَ إلى البائعِ للطّلَب منه والإشْهادِ بَطَلَتْ شُفْعَتُه؛ لوجودِ دَليلِ الإعراضِ، وفي الحقيقةِ لوجودِ دَليلِ الرِّضا ولو تَعاقَدَ البائعُ والمُشْتَري في غيرِ الموضِعِ الذي فيه الدّارُ فليس على الشّفيعِ أنْ يأتيَهما ولكنّه يَطْلُبُ عندَ الدّارِ ويُشْهِدُ عليه؛ لأنّ الشّفيعَ إذا كان بجَنْبِ الدّارِ - والعاقِدانِ غائبانِ - تَعيّنَتِ الدّارُ للطّلَب [عندَها] [٢] والإشْهادِ، فإنْ لم يَطْلُبْ عندَها وشَخَصَ إلى العاقِدَيْنِ بَطَلَتْ شُفْعَتُه لوجودِ الإعراضِ عن الطّلَب، هذا إذا كان قادِرًا على الطّلَب من المُشْتَري أو البائعِ أو عندَ الدّارِ، فأمّا إذا كان هناك حائلٌ بأنْ كان بينهما نَهْرٌ مَخوفٌ أو أرضٌ مسبَعةٌ أو غيرُ ذلك من الموانِعِ [٣] - لا تَبْطُلُ شُفْعَتُه بتَرْكِ المواثَبَةِ إلى أنْ يَزول الحائلُ.

وأمّا الإشْهادُ على هذا الطّلَب فليس بشرطٍ لصحّتِه كما [٤] ليس بشرطٍ لصحّةِ طَلَب المواثَبَةِ، وإنّما هو لتَوْثيقِه على تقديرِ الإنْكارِ كما في الطّلَب الأوّلِ، وكذا تَسْمِيةُ المبيعِ

(١) في المخطوط: «فأما».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «المواضع».
(٤) زاد في المخطوط: «أنه».

وتَحْديدِه ليس بشرطٍ لصحّةِ الطّلَب والإشْهادِ في ظاهرِ الرِّوايةِ. ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه شرطٌ؛ لأنّ الطّلَبَ لا يصحُّ إلاّ بعدَ العلمِ، والعقارُ لا يصيرُ معلومًا إلاّ بالتّحْديدِ فلا يصحُّ الطّلَبُ والإشْهادُ بدونِه.

وأمّا بيانُ كيفيّةِ الطّلَب: فقد اختلف فيه عِباراتُ المشايِخ: [رُوِيَ] [1] عن محمّدِ بنِ مُقاتِلٍ الرّازيّ رحمه الله أنّ الشّفيعَ يقولُ: طَلَبْتُ الشُّفْعةَ وأطْلُبُها وأنا طالبُها، وعن محمّدِ بنِ سَلَمةَ رضي الله عنه أنّه كان يقولُ: طَلَبْتُ الشُّفْعةَ فحَسْبُ، وعن الفقيه أبي جَعْفَرٍ الهِنْدوانيُّ رحمه الله أنّه لا يُراعَى فيه ألفاظُ الطّلَب بل لو أتى بلفظٍ يَدُلُّ على الطّلَب أيّ لفظٍ كان يَكفي، نحوُ أنْ يقول: ادّعَيْتُ الشُّفْعةَ أو سَألتُ الشُّفْعةَ ونحوَ ذلك مِمّا يَدُلُّ على الطّلَب، وهو الصّحيحُ؛ لأنّ الحاجةَ إلى الطّلَب ومعنى الطّلَب يتأدّى بكُلِّ لفظٍ يَدُلُّ عليه سَواءٌ كان بلفظِ الطّلَب أو بغيرِه.

وأمّا حُكمُ الطّلَب: فهو استِقْرارُ الحقِّ، فالشّفيعُ إذا أتَى بطَلَبينِ صَحيحينِ استَقَرّ الحقُّ على وجهٍ لا يَبْطُلُ بتَأخيرِ المُطالَبةِ بالأخذِ بالشُّفْعةِ أبَدًا حتّى [2] يُسْقِطَها بلِسانِه، وهذا قولُ أبي حنيفةَ وإحدَى [٣/ ١٧٧ أ] الرّوايتيْنِ عن أبي يوسُفَ، وفي رِوايةٍ أُخرى قال: إذا ترك المُخاصَمةَ إلى القاضي في زَمانٍ يقدِرُ فيه على المُخاصَمةِ بَطَلَتْ شُفْعَتُه، ولم يوَقِّتْ فيه وقتًا. ورُوِيَ عنه أنّه قَدّرَه بما يَراه القاضي.

وقال محمّدٌ وزُفَرُ رحمهما الله: إذا مضى شهرٌ بعدَ الطّلَب [3] ولم يَطْلُبْ من غيرِ عُذْرٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُه، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسُفَ أيضًا.

وَجهُ قولِ محمّدٍ وزُفَرَ: أنّ حقّ الشُّفْعةِ ثَبَتَ لدَفْعِ الضّرَرِ عن الشّفيعِ، ولا يجوزُ دَفْعُ الضّرَرِ عن الإنسانِ على وجهٍ يتضَمّنُ الإضْرارَ بغيرِه، وفي إبْقاءِ هذا الحقّ بعدَ تأخيرِ الخُصومةِ أبَدًا إضْرارٌ بالمُشْتَري؛ لأنّه لا يَبني ولا يَغْرِسُ خَوْفًا من النّقْضِ والقلْعِ فيتضَرّرُ به فلا بُدّ من التّقْديرِ بزَمانٍ لئلّا يتضرّرَ به، فقَدّرْنا بالشّهرِ؛ لأنّه أدنى الآجالِ، فإذا مضى شهرٌ ولم يَطْلُبْ من غيرِ عُذْرٍ فقد فرّطَ في الطّلَب فتَبْطُلُ شُفْعَتُه.

وَجْهُ قولِ أبي حنيفةَ - عليه الرّحمةُ -: أنّ الحقّ للشّفيعِ قد ثَبَتَ بالطّلَبينِ، والأصلُ أنّ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ما لم».
(٣) في المخطوط: «الطلبين».

الحقّ مَتَى ثَبَتَ لإنسانٍ لا يَبْطُلُ إلاّ بإبْطالٍ [(١)] ولم يوجدْ؛ لأنّ تأخيرَ المُطالَبةِ منه لا يكونُ إبْطالاً كتأخيرِ استيفاءِ القِصاصِ وسائرِ الدُّيونِ.

وقوله: يتضَرّرُ المُشْتَري، مَمْنوعٌ فإنّه إذا عَلِمَ أنّ للشّفيعِ أنْ يأخُذَ بالشُّفْعةِ فالظّاهرُ أنْ [(٢)] يمْتَنِعَ من البناءِ والغرْسِ خَوْفًا من النّقْضِ والقلْعِ، فلَئِنْ فعَلَ فهو الذي أضَرّ بنفسِه فلا يُضافُ ذلك إلى الأخذِ بالشُّفْعةِ؛ ولهذا لم يَبْطُلْ حقُّ الشُّفعةِ بغَيْبةِ الشّفيعِ ولا يُقالُ إنّ فيه ضَرَرًا بالمُشْتَري بالامتِناعِ من البناءِ والغرْسِ لما قُلْنا، كذا هذا والله أعلم.

فصل [فيما يبطل به حق الشفعة]

وأمّا بيانُ ما يَبْطُلُ به حقُّ الشُّفْعةِ بعدَ ثُبوتِه فنَقولُ - وباللّه التّوْفيقُ -: ما يَبْطُلُ به حقُّ الشُّفْعةِ بعدَ ثُبوتِه في الأصلِ نوعانِ: اختياريٌّ واضطراري؛ والاختياريُّ نوعانِ: صَريحٌ وما يَجْري مجرَى الصّريحِ دَلالةً [(٣)]؛ أمّا الأوّلُ فنحوُ أنْ يقول الشّفيعُ: أبْطَلْتُ الشُّفْعةَ أو أسقَطْتُها أو أبْرأتُكَ عنها أو سَلّمْتُها ونحوَ ذلك؛ لأنّ الشُّفْعةَ خالِصُ حقِّه فيملِكُ التّصرُّفَ فيها استيفاءً وإسقاطًا كالإبْراءِ عن الدّيْنِ والعفوِ عن القِصاصِ ونحوِ ذلك؛ سَواءٌ عَلِمَ الشّفيعُ بالبيعِ أو لم يعلم بعدَ أنْ كان بعدَ البيعِ؛ لأنّ هذا إسقاطُ الحقِّ صَريحًا وصَريحُ الإسقاطِ يَسْتَوي فيه العلمُ والجهْلُ كالطّلاقِ والإبْراءِ عن الحُقوقِ، بخلافِ الإسقاطِ من طريقِ الدّلالةِ فإنّه لا يُسْقِطُ حقّه ثَمّةَ إلاّ العلمُ، والفرقُ يُذْكَرُ بعدَ هذا، ولا يصحُّ تَسْليمُ الشُّفْعةِ قبلَ البيعِ؛ لأنّه إسقاطُ الحقِّ [(٤)]، وإسقاطُ الحقِّ - قبل وجوبه ووجودِ سببِ وجوبه مُحالٌ.

ولو أُخْبرَ بالبيعِ بقدرِ [من] [(٥)] الثّمَنِ أو جِنْسٍ منه أو من فُلانٍ فسَلّمَ فظَهَرَ [(٦)] بخلافِه هل يصحُّ تَسْليمُه؟ فالأصلُ في جِنْسِ هذه المسائلِ أنّه يُنْظَرُ إنْ كان لا يختلِفُ غَرَضُ الشّفيعِ في التّسْليمِ صَحّ التّسْليمُ وبَطَلَتْ شُفْعَتُه، وإنْ [(٧)] كان يختلِفُ غَرَضُه لم يصحّ وهو على شُفْعَتِه؛ لأنّ غَرَضَه في [التّسْليم] [(٨)] إذا لم يختلِفْ بين ما أُخْبرَ به وبين ما بيعَ به وقَعَ

(١) في المخطوط: «بإبطاله».
(٢) في المخطوط: «أنه».
(٣) في المطبوع: «ودلالة»
(٤) في المخطوط: «للحق».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ثم ظهر».
(٧) في المخطوط: «ولو».
(٨) ليست في المخطوط.

التّسْليمُ مُحَصِّلاً لغَرَضِه فصَحّ، وإذا اختلف غَرَضُه في التّسْليمِ لم يقعِ التّسْليمُ مُحَصِّلاً لغَرَضِه فلم يصحّ التّسْليمُ.

وبيانُ هذا في مسائلَ: إذا أُخْبرَ أنّ الدّارَ بيعَتْ بألفِ درهمٍ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ [١] أنّها بيعَتْ بألفَيْنِ فلا شُفْعةَ له؛ لأنّ تَسْليمَه كان لاستِكْثارِه الثّمَنَ فإذا لم تَصْلُحْ [٢] له بأقَلِّ الثّمَنَيْنِ [٣] فبأكثَرِهما أولى، فحَصَلَ غَرَضُه بالتّسْليمِ فبطَلَتْ شُفْعَتُه.

ولو أُخْبرَ أنّها بيعَتْ بألفٍ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّها بيعَتْ بخمسِمائةٍ فلَه الشُّفْعةُ؛ لأنّ التّسْليمَ عندَ كثْرةِ الثّمَنِ لا يَدُلُّ على التّسْليمِ عندَ قِلّتِه فلم يَحْصُلْ غَرَضُه بالتّسْليمِ فبقيَ على شُفْعَتِه؛ وَلو أُخْبرَ أنّها بيعَتْ بألفِ درهمٍ ثُمّ تَبيّنَ أنّها بيعَتْ بمائةِ دينارٍ فإنْ كانت قيمَتُها ألفًا أو أكثَرَ فلا شُفْعةَ له وإنْ كانت أقَلّ فهو على شُفْعَتِه عندَ أصحابنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم وقال زُفَرُ رحمه الله: له الشُّفْعةُ في الوجهَيْنِ جميعًا.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ: أنّ الدّراهمَ والدّنانيرَ جِنْسانِ مُخْتَلِفانِ حقيقةً، واعتِبارُ الحقائقِ [هو] [٤] الأصلُ، والغرَضُ يختلِفُ باختلافِ الجِنْسِ؛ لأنّه قد يتيَسّرُ عليه جِنْسٌ ويتعَذّرُ عليه الآخَرُ فلم يقعْ التّسْليمُ مُحَصِّلاً لغَرَضِه فيَبْقَى على شُفْعَتِه [٣/ ١٧٧ ب]؛ كما لو أُخْبرَ أنّها بيعَتْ بحِنْطةٍ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ [٥] أنّها بيعَتْ بشَعيرٍ قيمَتُه مثلُ قيمةِ الحِنْطةِ.

ولنَا: أنّ الدّراهمَ والدّنانيرَ في حقِّ الثّمَنيّةِ كجِنْسٍ واحِدٍ؛ لأنّها أثْمانُ الأشياءِ، وقيمَتُها تُقَوّمُ الأشياءُ بها تقويمًا واحدًا أعني أنّها تُقَوّمُ بهذا مَرّةً وبذاكَ أُخرى، وإنّما يختلِفانِ في القدرِ لا غيرُ فوَجَبَ اعتِبارُ قدرِ قيمَتِهما في الكثْرةِ والقِلّةِ، كما إذا أخبَرَ أنّها بيعَتْ بألفِ درهمٍ أو بمائةِ [٦] دينارٍ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّها بيعَتْ بأكثَرَ أو بأقلّ على ما بيّنّا، كذا هذا بخلافِ ما إذا أُخْبرَ أنّها بيعَتْ بحِنْطةٍ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّها بيعَتْ بشَعيرٍ قيمَتُه مثلُ قيمةِ الحِنْطةِ أو أقَلُّ أو أكثَرُ؛ لأنّ هناكَ اختلف؛ إذِ الحِنْطةُ والشّعيرُ جِنْسانِ مُخْتَلِفانِ على الإطلاقِ، واختلافُ الجِنْسِ يوجِبُ اختلافَ الغرَضِ فلم يصحّ التّسْليمُ.

ولو أُخْبرَ أنّها بيعَتْ بألفِ درهمٍ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّها بيعَتْ بمَكيلٍ أو بموزونٍ [٧] سِوَى

---

(١) في المخطوط: «علم».
(٢) في المخطوط: «تصح».
(٣) في المخطوط: «الثمن».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «علم».
(٦) في المخطوط: «مائة».
(٧) في المخطوط: «موزون».

الدّراهمِ والدّنانيرِ أو عَدَديٌّ مُتَقارِبٍ فالشُّفْعةُ قائمةٌ؛ لأنّ الثّمَنَ الذي وقَعَ به البيعُ إذا كان من ذَواتِ الأمثالِ فالشّفيعُ يأخُذُ بمثلِه، وأنّه جِنْسٌ آخَرُ غيرُ الجِنْسِ الذي أُخْبرَ به الشّفيعُ فاختلف الغرَضُ.

ولو أُخْبرَ أنّها بيعَتْ بألفٍ فسَلّمَ ثُمّ تبيّنَ [١] أنّها بيعَتْ بعَرَضٍ وما ليس من ذَواتِ الأمثالِ؛ فإنْ كانت قيمَتُه مثلَ الألفِ [٢] أو أكثَرَ صَحّ تَسْليمُه، وإنْ كانت [قيمته] [٣] أقَلّ لم يصحّ تَسْليمُه وله الشُّفْعةُ؛ لأنّ الشّفيعَ ههنا يأخُذُ الدّارَ بقيمةِ العرَضِ؛ لأنّه لا مثلَ له وقيمَتُه دراهمُ أو دَنانيرُ، فكان الاختلافُ راجِعًا إلى القدرِ فأشبَهَ الألفَ والألفَيْنِ والألفَ وخمسَمائةٍ على ما مَرّ.

ولو أُخْبرَ بشراءِ نصفِ الدّارِ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّه اشترى الجميعَ فلَه الشُّفْعةُ ولو أُخْبرَ بشراءِ الجميعِ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّه اشترى النِّصفَ فالتّسْليمُ جائزٌ ولا شُفْعةَ له، هذا هو الرِّوايةُ المشهورةُ في الفصلَيْنِ وقد رُوِيَ الجوابُ فيهما [٤] على القلْبِ، وهو أنْ [يكون] [٥] التّسْليمَ في النِّصفِ [يكونُ] [٦] تَسْليمًا في الكُلِّ، والتّسْليمُ في الكُلِّ لا يكونُ تَسْليمًا في النِّصفِ.

وَجهُ هذه الرِّوايةِ: أنّ تَسْليمَ النِّصفِ لعَجْزِه عن الثّمَنِ، ومَنْ عَجزَ عن القليلِ كان عن الكثيرِ أعجزَ، فأمّا العجزُ عن الكثيرِ لا يَدُلُّ على العجْزِ عن القليلِ.

وَجهُ الرِّوايةِ المشهورةِ: أنّ التّسْليمَ في النِّصفِ للاحتِرازِ عن الضّرَرِ وهو ضَرَرُ الشّرِكةِ، وهذا لا يوجدُ في الكُلِّ فاختلف الغرَضُ فلم يصحّ التّسْليمُ فبقيَ على شُفْعَتِه، وإذا (صَحّ تَسْليمُ) [٧] الكُلِّ فقد سَلّمَ النصفَ ضَرورةً؛ لأنّه داخِلٌ في الكُلِّ، فصار بتَسْليمِ الكُلِّ مُسَلِّمًا للنِّصفِ؛ لأنّ الشّرِكةَ عَيْبٌ فكان التّسْليمُ بدونِ العيبِ تَسْليمًا مع العيبِ من طريقِ الأولى.

[ولو] [٨] أُخْبرَ أنّ المُشْتَرِيَ زيدٌ فسَلّمَ ثُمّ تَبَيّنَ أنّه عَمْرٌو فهو على شُفْعَتِه؛ لأنّ التّسْليمَ

---

(١) في المخطوط: «علم».
(٢) في المخطوط: «ألف».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فلا».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «سلم».
(٨) زيادة من المخطوط.

للأمنِ عن الضّرَرِ، والأمنُ عن ضَرَرِ زيدٍ لا يَدُلُّ على الأمنِ عن ضَرَرِ عَمْرٍو؛ لتَفاوُتِ (١) النّاسِ في الجِوارِ.

ولو أُخْبرَ أنّ المُشْتَرِيَ زيدٌ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّه زيدٌ وعَمْرٌو كان له أنْ يأخُذَ نصيبَ عَمْرٍو؛ لأنّه سَلّمَ نصيبَ زيدٍ لا نصيبَ عَمْرٍو فبقيَ له الشُّفْعةُ في نصيبه؛ ولو أُخْبرَ أنّ الدّارَ بيعَتْ بألفِ درهم فسَلّمَ ثُمّ إنّ البائعَ حَطّ عن المُشْتَري خمسَمائةٍ وقبلَ المُشْتَري الحطّ كان له الشُّفْعةُ؛ لأنّ الحطّ يَلْتَحِقُ بأصلِ العقدِ فتَبيّنَ أنّ البيعَ كان بخمسِمائةٍ فصار كما إذا أُخْبرَ أنّها بيعَتْ بألفٍ فسَلّمَ ثُمّ تَبيّنَ أنّها بيعَتْ بخمسِمائةٍ ولو لم يقبَلِ الحطّ لم تجبِ الشُّفْعةُ؛ [و] (٢) لأنّ الحطّ لم يصحّ إذا لم يقبل فلم يتبيّنْ أنّها بيعَتْ بأنْقصَ من ألفٍ فلم تجبِ الشُّفْعةُ.

وَلو باعَ الشّفيعُ داره التي يَشْفَعُ بها بعدَ شراءِ المُشْتَري هل تَبْطُلُ شُفْعَتُه؟ فهذا لا يَخْلو: إمّا أنْ كان البيعُ باتًّا، وإمّا أنْ كان فيه شرطُ الخيارِ؛ فإنْ كان باتًّا لا يَخْلو: إمّا أنْ باعَ كُلّ الدّارِ وإمّا أنْ باعَ جزءًا منها، فإنْ باعَ كُلّها بَطَلَتْ شُفْعَتُه؛ لأنّ سببَ الحقِّ هو جِوارُ الملكِ، وقد زالَ سَواءٌ عَلِمَ بالشِّراءِ أو لم يعلم؛ لأنّ هذا في معنى صَريحِ الإسقاطِ؛ لأنّ إبْطالَ سبب الحقِّ إبْطالُ [الحقِّ] (٣) فيَسْتَوي فيه العلمُ والجهْلُ، فإنْ رَجعَتِ الدّارُ إلى ملكِه بعَيْبٍ بقضاءٍ أو بغيرِ قضاءٍ أو بخيارِ رُؤْيةٍ أو بخيارِ شرطٍ [٣/ ١٧٧ ب] للمُشْتَري فليس له أنْ يأخُذَ بالشُّفعةِ؛ لأنّ الحقّ قد بَطَلَ فلا يَعودُ إلاّ بسببٍ جَديدٍ.

وكذلك لو باعَها الشّفيعُ بيعًا فاسِدًا وقَبَضَها المُشْتَري بَطَلَتْ شُفْعَتُه؛ لزوالِ سبب الحقِّ وهو جَوازُ الملكِ، فإنْ نَقضَ البيعَ فلا شُفْعةَ له؛ لما ذَكَرْنا أنّ الحقّ بعدَما (٤) بَطَلَ لا يَعودُ إلاّ بسببٍ جَديدٍ، وإنْ باعَ جزءًا من دارِه فإنْ باعَ جزءًا شائعًا منها فلَه الشُّفْعةُ بما بقيَ؛ لأنّ ما بقيَ يَصْلُحُ لاستِحْقاقِ الشُّفْعةِ ابتِداءً فأولى أنْ يَصْلُحَ للبقاءِ؛ لأنّ البقاءَ أسْهَلُ من الابتِداءِ.

وإنْ باعَ جزءًا مُعَيّنًا بيتًا أو حُجْرةً فإنْ كان ذلك لا يَلي الدّارَ التي فيها الشُّفْعةُ فكذلك؛ لأنّ السّبَبَ وهو جِوارُ الملكِ قائمٌ، وإنْ كان مِمّا يَلي تلك الدّارَ؛ فإنِ استَغْرَقَ حُدودَ الدّارِ

(١) في المخطوط: «ولتفاوت».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «إذا».

التي فيها الشُّفْعةُ بَطَلَتِ الشُّفْعةُ؛ لأنّ الجِوارَ قد زالَ، وإنْ بقيَ من حَدِّها شيءٌ مُلاصِقٌ لما بقيَ من الدّارِ فهو على شُفْعَتِه؛ لما ذَكَرْنا أنّ هذا القدرَ يصْلُحُ للاستِحْقاقِ ابتِداءً فلأنْ يصْلُحَ لبقاءِ المُسْتَحقِّ أولى، وإنْ كان فيه خيارُ الشّرطِ فإنْ كان الخيارُ للبائعِ وهو الشّفيعُ فهو على شُفْعَتِه ما لم يوجِبِ البيعَ؛ لأنّ السّبَبَ وهو جِوارُ الملكِ قائمٌ لأنّ خيارَ البائعِ يمْنَعُ زوالَ المبيعِ عن ملكِه، فإنْ طَلَبَ الشُّفْعةَ في مُدّةِ الخيارِ كان ذلك منه نَقْضًا للبيعِ؛ لأنّ طَلَبَ الشُّفْعةِ دَليلُ استِبْقاءِ الملكِ في المبيعِ وذلك إسقاطٌ للخيارِ ونَقْضٌ للبيعِ، وإنْ كان الخيارُ للمُشْتَري بَطَلَتْ شُفْعَتُه؛ لأنّ الدّارَ خرجتْ عن ملكِه بلا خلافٍ فزالَ سببُ الحقِّ وهو جِوارُ الملكِ.

وإنْ كان الشّفيعُ شريكًا وجارًا فباعَ نصيبَه الذي يَشْفَعُ به كان له أنْ يَطْلُبَ الشُّفْعةَ بالجِوارِ؛ لأنّه إنْ بَطَلَ أحدُ السّبَبينِ - وهو الشّرِكةُ - [فقد] (١) بقيَ الآخَرُ - وهو الجِوارُ - ولهذا استُحِقّ به ابتِداءً، فلأنْ يَبْقَى به الاستِحْقاقُ أولى.

وَلو صالَحَ المُشْتَري الشّفيعَ من الشُّفْعةِ على مالٍ لم يَجُزِ الصُّلْحُ ولم يَثْبُتِ العِوَضُ وبَطَلَ حقُّ الشُّفْعةِ؛ أمّا بُطْلانُ الصُّلْحِ فلانعِدامِ ثُبوتِ الحقِّ في المحَلِّ؛ لأنّ (٢) الثّابتَ للشّفيعِ حقُّ التّمَلُّكِ وأنّه عِبارةٌ عن وِلايةِ التّمَلُّكِ وأنّها معنًى قائمٌ بالشّفيعِ فلم (٣) يصحّ الاعتياضُ عنه فبَطَلَ الصُّلْحُ ولم يجبِ العِوَضُ.

وأمّا بُطْلانُ حقِّ الشّفيعِ في الشُّفْعةِ؛ فلأنّه أسقَطَه بالصُّلْحِ، فالصُّلْحُ وإنْ لم يصحّ فإسقاطُ حقِّ الشُّفْعةِ صَحيحٌ؛ لأنّ صحّتَه لا تَقِفُ على العِوَضِ بل هو شيءٌ من الأموالِ لا يصْلُحُ عِوَضًا عنه فالتَحقَ ذِكرُ العِوَضِ بالعدَمِ فصار كأنّه سَلّمَ بلا عِوَضٍ.

وعلى هذا إذا قال الزّوجُ للمُخَيّرةِ: اختاريني بألفِ درهمٍ، فقالت: اختَرْتُك، لم يجبِ العِوَضُ وبَطَلَ خيارُها، وكذلك العِنّينُ إذا قال لامرأتِه - بعدَما أُخْبرَتْ بسببِ العُنّةِ -: اختاري تَرْكَ الفسخِ بالعُنّةِ بألفٍ، فقالت: اختَرْتُ، بَطَلَ خيارُها ولم يجبِ العِوَضُ. وفي الكفالةِ بالنّفسِ إذا أسقَطَها بعِوَضٍ رِوايَتانِ: في رِوايةٍ لا يجبُ العِوَضُ وتَبْطُلُ الكفالةُ كما في الشُّفْعةِ، وفي رِوايةٍ لا تَبْطُلُ الكفالةُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أو».
(٣) في المخطوط: «فلا».

وَجهُ الروايةِ الأولى: أنّه أسقطَ الكفالةَ بعِوَضٍ، فالاعتياضُ إنْ لم يصحّ فالإسقاطُ صَحيحٌ؛ لأنّ صحّتَه لا تَقِفُ على العِوَضِ.

وَجهُ الروايةِ الأُخرى: أنّه ما رَضِيَ بالسُّقوطِ إلاّ بعِوَضٍ ولم يَثْبُتِ العِوَضُ فلا يَسْقُطُ.

وَأمّا بُطْلانُ الشُّفْعةِ من طريقِ الدّلالةِ فهو أنْ يوجدَ من الشّفيعِ ما يَدُلُّ على رِضاه بالعقدِ وحُكمِه للمُشْتَري وهو ثُبوتُ الملكِ له؛ لأنّ حقّ الشُّفعةِ مِمّا يَبْطُلُ بصَريحِ الرِّضا فيَبْطُلُ [١] بدَلالةِ الرِّضا أيضًا؛ وذلك نحوُ ما إذا عَلِمَ بالشِّراءِ فترك الطّلَبَ على الفوْرِ من غيرِ عُذْرٍ أو قامَ عن المجلسِ أو تَشاغَلَ عن الطّلَب بعَمَلٍ آخَرَ على اختلافِ الرِّوايتيْنِ؛ لأنّ تَرْكَ الطّلَب مع القُدْرةِ عليه دَليلُ الرِّضا بالعقدِ وحُكمِه للدّخيلِ.

وكذا إذا ساوَمَ الشّفيعُ الدّارَ من المُشْتَري أو سَألَه أنْ يولّيَه إيّاها أو استأجَرَها الشّفيعُ من المُشْتَري أو أخذها مُزارَعةً أو مُعامَلةً، وذلك كُلُّه بعدَ علمِه بالشِّراءِ؛ لأنّ ذلك كُلّه دَليلُ الرِّضا، أمّا المُساوَمةُ؛ فلأنّها طَلَبُ تمليكٍ بعقدٍ جَديدٍ [وأنّه دَليلُ الرِّضا بملكِ المُتَمَلِّكِ] [٢].

وكذلك التّوْلية: لأنّها تَمَلُّكٌ [٣] بمثلِ الثّمَنِ الأوّلِ من غيرِ زيادةٍ ولا نُقْصانٍ وأنّها دَليلُ الرِّضا بملكِ [٣/ ١٧٨ ب] المُتَمَلِّكِ [٤].

وأمّا الاستِئْجارُ، والأخذُ مُعامَلةً أو [٥] مُزارَعةً؛ فلأنّها تقريرٌ لملكِ المُشْتَري فكانت دَليلَ الرِّضا بملكِه، فرقٌ بين هذا وبين الفصلِ الأوّلِ حيثُ شرَطَ ههنا علمَ الشّفيعِ بالشِّراءِ لبُطْلانِ حقِّ الشُّفْعةِ وهناك لم يشترِطْ وإنّما كان كذلك؛ لأنّ السُّقوطَ في الفصلِ الأوّلِ بصَريحِ الإسقاطِ، والإسقاطُ تَصَرُّفٌ في نفسِ الحقِّ فيُسْتَدْعَى ثُبوتُ الحقِّ لا غيرُ كالطّلاقِ والعتاقِ والإبْراءِ عن الدُّيونِ، والسُّقوطُ ههنا بطريقِ الدّلالةِ وهي دَلالةُ الرِّضا لا بالتّصَرُّفِ في مَحَلِّ الحقِّ بل في مَحَلٍّ آخَرَ، والتّصَرُّفُ في مَحَلٍّ آخَرَ لا يصْلُحُ دَليلَ الرِّضا إلاّ بعدَ العلمِ بالبيعِ؛ إذِ الرِّضا بالشّيءِ بدونِ العلمِ به مُحالٌ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَلو سَلّمَ الشُّفْعةَ في النِّصفِ بَطَلَتْ شفعته في الكُلِّ؛ لأنّه لَمّا سَلّمَ في النِّصفِ

---

(١) في المخطوط: «فبطل».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «تمليك».

(٤) في المخطوط: «المملك».

(٥) في المخطوط: «و».

بَطَلَ [(١)] حقُّه في النِّصفِ المُسَلّمِ فيه، بصَريحِ الإسقاطِ، وبَطَلَ حقُّه في النِّصفِ الباقي؛ لأنّه لا يملِكُ تَفْريقَ الصّفْقةِ على المُشْتَري فبَطَلَتْ شُفْعَتُه في الكُلِّ؛ ولو طَلَبَ نصفَ الدّارِ بالشُّفْعةِ هل يكونُ ذلك تَسْليمًا منه للشُّفْعةِ في الكُلِّ؟ اختلف فيه أبو يوسُفَ ومحمّدٌ؛ قال أبو يوسُفَ: لا يكونُ تَسْليمًا، وقال محمّدٌ: يكونُ تَسْليمًا في الكُلِّ إلاّ أنْ يكونَ سبقَ منه طَلَبُ الكُلِّ بالشُّفْعةِ فلم يُسَلِّم له المُشْتَري فقال له حينئِذٍ: أعطِني نصفَها على أنْ أُسَلِّمَ لَكَ [(٢)] النِّصفَ الباقيَ فإنّ هذا لا يكونُ تَسْليمًا.

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّه لَمّا طَلَبَ النِّصفَ بالشُّفْعةِ فقد أبْطَلَ حقّه في النِّصفِ الآخرِ؛ لأنّه ترك الطّلَبَ فيه مع القُدْرةِ عليه وذا دَليلُ الرِّضا فبَطَلَ حقُّه فيه فيَبْطُلُ [حقُّه] [(٣)] في النِّصفِ المطْلوب ضَرورةَ تَعَذُّرِ [(٤)] تَفْريقِ الصّفْقةِ على المُشْتَري بخلافِ ما إذا كان سبقَ منه الطّلَبُ في الكُلِّ؛ لأنّه لَمّا طَلَبَ في الكُلِّ فقد تَقَرّرَ حقُّه في الكُلِّ ولم [(٥)] يكنْ قولُه بعدَ ذلك أعطِني النِّصفَ على أنْ أُسَلِّمَ لَكَ النِّصفَ الباقيَ تَسْليمًا، بخلافِ ما إذا قال ابتِداءً؛ لأنّ الحقّ لم يتقَرّرْ بعدُ.

وَجهُ قولِ أبي يوسُفَ: أنّ الحقّ ثَبَتَ له في كُلِّ الدّارِ، والحقُّ إذا ثَبَتَ لا يَسْقُطُ إلاّ بالإسقاطِ ولم يوجدْ فبقيَ كما كان إنْ [(٦)] شاء أخذ الكُلّ بالشُّفْعةِ وإنْ شاء ترك، وجَوابُ محمّدٍ رحمه الله عن هذا أنّه وُجِدَ منه الإسقاطُ في النِّصفِ الذي لم يَطْلُبْه [(٧)] من طريقِ الدّلالةِ على ما بيّنّا، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأمّا الضّروريُّ: فنحوُ [(٨)] أنْ يموتَ الشّفيعُ بعدَ الطّلَبينِ قبل الأخذِ بالشُّفْعةِ فتَبْطُلُ شُفْعَتُه، وهذا عندَنا [(٩)]، وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله لا تَبْطُلُ ولِوارِثِه حقُّ الأخذِ [(١٠)]، ولقب المسألةِ (أنّ خيارَ) [(١١)] الشُّفْعةِ هل يورّثُ؟ عندَنا لا يورّثُ، وعندَه يورّثُ، والكلامُ فيه من الجانِبينِ

---

(١) في المخطوط: «بقى».
(٢) في المخطوط: «إليك».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «بعد».
(٥) في المخطوط: «فلم».
(٦) في المخطوط: «فإن».
(٧) في المخطوط: «يطلب».
(٨) في المخطوط: «فهو».
(٩) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٤/ ١٤١٢).
(١٠) مذهب الشافعية: أن الشفعة تورث عن الشفيع إذا مات. انظر: الوسيط في المذهب (٤/ ٩٤)، الروضة (٥/ ١٠٠، ١٠١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٥)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٢، ٢١٣).
(١١) في المخطوط: «إن اختار».

على نحوِ الكلامِ في خيارِ الشّرطِ، وقد تقدم ذِكرُه في كِتاب البيع .

ولا يَبْطُلُ بموتِ المُشْتَري ولِلشّفيعِ أنْ يأخُذَ من وارِثِه لأنّ الشُّفْعةَ حقٌّ على المُشْتَري؛ ألا تَرَى أنّه مجبورٌ (١) عليه في التّمَلُّكِ فلا يَسْقُطُ بموتِه كحقِّ الرّدِّ بالعيب، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

فَصْلٌ [في بيان ما يملك به المشفوع]

وأمّا بيانُ ما يُمْلَكُ به المشفوعُ فيه فنَقولُ - وباللّه التّوْفيقُ -: المشفوعُ فيه يُمْلَكُ بالتّمَلُّكِ وهو تَفْسيرُ الأخذِ بالشُّفْعةِ فلا ملكَ للشّفيعِ قبل الأخذِ بل له حقُّ الأخذِ والتّمَلُّكِ قبل الأخذِ للمُشْتَري؛ لوجودِ سبب الملكِ فيه وهو الشِّراءُ، فلَه أنْ يَبنيَ ويَغْرِسَ ويَهْدِمَ ويقلَعَ ويُؤاجِرَ ويَطيبَ له الأجرُ ويأكلَ من ثِمارِ الكرْمِ ونحوِ ذلك، وكذا له أنْ يَبيعَ [ويَهَبَ] (٢) ويوصيَ، وإذا فعَلَ يَنفُذُ إلاّ أنّ للشّفيعِ أنْ يَنقُضَ ذلك بالأخذِ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ حقّه سابقٌ على تَصرُّفِ المُشْتَري فيمْتَنِعُ (٣) اللُّزومُ؛ ولو جعل المُشْتَري الدّارَ مسجِدًا أو مقبَرةً فلِلشّفيعِ أنْ يأخُذَها بالشُّفْعةِ ويَنْقُضَ (٤) ما صَنَعَ المُشْتَري، كذا ذُكِرَ في الأصلِ، وقال الحسَنُ بنُ زيادٍ: بَطَلَتْ شُفْعَتُه.

وَجْهُ قولِه: أنّ المُشْتَريَ تَصرّفَ في ملكِ نفسِه فيَنْفُذُ كما لو باعَ إلاّ أنّ البيعَ ونحوَه مِمّا يحتملُ النّقْضَ بعدَ وجودِه فنَفَذَ ولم يَلْزَم، وهذه التّصرُّفاتُ مِمّا لا يحتملُ الانتِقاضَ كالإعتاقِ فكان نَفاذُها لُزومَها.

ولنا: أنّ تَعَلُّقَ حقِّ الشّفيعِ بالمبيعِ يمْنَعُ من صَيْرورَتِه مسجِدًا؛ لأنّ المسجِدَ ما يكونُ خالِصًا للّه تعالى، وتَعَلُّقُ حقِّ العبدِ به يمْنَعُ خُلوصَه للّه عَزّ وجَلّ فيمْنَعُ صَيْرورَتَه مسجِدًا، وله أنْ [٣/ ١٧٩ أ] يأخُذَ الدّارَ المُشْتَراةَ بالشُّفْعةِ لوجودِ السّبَب وهو جِوارُ الملكِ أو الشّرِكةُ في ملكِ المبيعِ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا اشترى دارًا ولها شَفيعٌ فبيعَتْ دارٌ إلى جَنْب هذه الدّارِ فطالَبَ المُشْتَري بالشُّفْعةِ وقُضيَ له بها ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ يُقْضَى له بالدّارِ التي بجِوارِه ويمْضي

---

(١) في المخطوط: «مجبر».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فيمنع».
(٤) في المخطوط: «وينتقص».

القضاءُ في الثّانيةِ للمُشْتَري، أمّا للشّفيع فظاهرٌ وأمّا للمُشْتَري؛ فلأنّ الجِوارَ كان ثابتًا له وقتَ البيعِ والقضاءِ بالشُّفْعةِ إلاّ أنّه بَطَلَ بعدَ ذلك بأخذِ الشّفيعِ للدّارِ بالشُّفْعةِ وهذا لا يوجِبُ بُطْلانَ القضاءِ [له] (١)؛ لأنّه لا يتبيّنَ أنّ جِوارَ (٢) الملكِ لم يكنْ ثابتًا كمَنِ اشترى دارًا ولها شَفيعٌ فقُضيَ له بالشُّفْعةِ ثُمّ باعَ داره التي بها يَشْفَعُ أنّه لا يَبْطُلُ القضاءُ [له] (٣) بالشُّفْعةِ لما قُلْنا، كذا هذا.

ولو كان الشّفيعُ جارًا للدّارَيْنِ فالمسألةُ بحالِها فيُقْضَى له بكُلِّ الدّارِ الأولى وبالنّصفِ من الثّانيةِ؛ لأنّه جارٌ خاصٌّ للدّارِ الأولى فيختصُّ بشُفْعَتِها، وهو مع المُشْتَري جارانِ للدّارِ الثّانيةِ فيشترِكانِ في شُفْعَتِها، وشراءُ المُشْتَري لا يُبْطِلُ حقّه في الشُّفْعةِ ولأنّه لا يُنافيه بل يُقَرِّرُه على ما بيّنّا فيما تَقَدّمَ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله فيمَنِ اشترى نصفَ دارٍ ثُمّ اشترى رجلٌ آخَرُ نصفَها الآخَرَ فخاصَمَه المُشْتَري الأوّلُ فيُقْضَى له بالشُّفْعةِ بالشّرِكةِ، ثُمّ خاصَمَه الجارُ في الشُّفْعَتَيْنِ جميعًا أنّ الجارَ أحقُّ بشُفْعةِ النِّصفِ الأوّلِ ولا حقّ له في النِّصفِ الثّاني لأنّه جارٌ للنِّصفِ الأوّلِ فيأخُذُه بالجِوارِ والمُشْتَري شريكٌ عندَ بيعِ النِّصفِ الثّاني لثُبوتِ الملكِ له في النِّصفِ الأوّلِ بسببِ الشِّراءِ، وثُبوتُ الحقِّ للشّفيعِ في النِّصفِ الأوّلِ لا يمْنَعُ ثُبوتَ الملكِ للمُشْتَري فيه فكان شريكًا عندَ بيعِ النِّصفِ الثّاني، والشّريكُ مُقَدّمٌ على الجارِ.

وكذلك لو اشترى نصفَها ثُمّ اشترى نصفَها الآخَرَ رجلٌ آخَرُ فلم يُخاصِمْه فيه حتّى أخذ الجارُ النِّصفَ الأوّلَ فالجارُ أحقُّ بالنِّصفِ الثّاني؛ لأنّ الملكَ - وإنْ ثَبَتَ للمُشْتَري الأوّلِ في النِّصفِ الأوّلِ لكنّه قد بَطَلَ بأخذِ الجارِ بالشُّفْعةِ فبَطَلَ حقُّه في الشُّفْعةِ.

ولو ورِثَ رجلٌ دارًا فبيعَتْ دارُ الأوّلِ بجَنْبها فأخذها بالشُّفْعةِ ثُمّ بيعَتْ دارٌ إلى جَنْب الثّانيةِ فأخذها بالشُّفْعةِ ثُمّ استُحِقّتِ الدّارُ الموروثةُ وطَلَبَ المُسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ فإنّ المُسْتَحِقّ يأخُذُ الدّارَ الثّانيةَ، والوارِثُ أحقُّ بالثّالِثةِ؛ لأنّ بالاستِحْقاقِ تَبيّنَ أنّ الدّارَ التي يَشْفَعُ بها الوارِثُ (كانت ملكَ المُسْتَحِقِّ) (٤) فتبيّنَ أنّه أخذ الثّانيةَ بغيرِ حقٍّ إذْ تَبيّنَ أنّه لم يكنْ جارًا فكانتِ الشُّفْعةُ في الثّانيةِ للمُسْتَحِقِّ، والوارِثُ يكونُ أحقّ بالثّالِثةِ؛ لأنّ الملكَ كان ثابتًا

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «حق أثر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «كان ملكا للمستحق».

للوارثِ عندَ بيعِ الثّالِثةِ، فكان السّبَبُ - وهو جِوارُ الملكِ - ثابتًا له عندَه ثُمّ بَطَلَ الاستِحْقاقُ [(١)]، وبُطْلانُ الملكِ لا يوجِبُ بُطْلانَ الشُّفْعةِ، وليس للشّفيعِ أنْ يَنْقُضَ قِسْمةَ المُشْتَري حتّى لو اشترى نصفَ دارٍ من رجلٍ مُشاعًا وقاسَمَ المُشْتَري البائعَ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ فالقِسْمةُ ماضيةٌ ليس للشّفيعِ أنْ يَنْقُضَها ليأخُذَ نصفَها مُشاعًا سَواءٌ كانت قِسْمَتُه بقضاءٍ أو بغيرِ قضاءٍ؛ لأنّ القِسْمةَ من تَمامِ القبْضِ ولهذا لم تَصِحّ هِبةُ المُشاعِ فيما يحتملُ القِسْمةَ؛ لأنّ القبْضَ شرطُ صحّةِ الهِبةِ، والقبْضُ على التّمامِ لا يتحقّقُ مع الشّياعِ.

وإذا كانتِ القِسْمةُ من تَمامِ القبْضِ فالشّفيعُ لا يملِكُ نَقْضَ القبْضِ بأنِ اشترى دارًا وقَبَضَها ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ وأرادَ أنْ يَنْقُضَ قَبْضَه ليأخُذَها من البائعِ لم يملِكْ ذلك، وإذا لم يملِكْ نَقْضَ القبْضِ لا يملِكُ نَقْضَ ما به تَمامُ القبْضِ وهو القِسْمةُ، بخلافِ ما إذا كانتِ الدّارُ مُشْتَرَكةً بين اثنَيْنِ باعَ أحدُهما نصيبَه من رجلٍ فقاسَمَ المُشْتَري الشّريكَ الذي لم يَبِعْ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ له أنْ يَنْقُضَ القِسْمةَ؛ لأنّ القِسْمةَ هناك ليستْ من جملةِ القبْضِ؛ لأنّها [من] [(٢)] حُكمِ البيعِ الأوّلِ؛ إذِ [(٣)] البيعُ الأوّلُ كما أوجَبَ الملكَ أوجَبَ القِسْمةَ في المُشاعِ، والبيعُ الأوّلُ لم يقعْ مع هذا المُشْتَري الذي قاسَمَ فلم تَكُنْ هذه القِسْمةُ بحُكمِ العقدِ بل بحُكمِ الملكِ، والتّصرُّفُ بحُكمِ الملكِ يملِكُ الشّفيعُ نَقْضَه كالبيعِ [٣/ ١٧٩ ب] والهِبةِ.

ولِلشّفيعِ أنْ يأخُذَ النِّصفَ الذي أصابَ المُشْتَري بالشُّفْعةِ سَواءٌ وقَعَ نصيبُ المُشْتَري من جانِبِ الشّفيعِ أو من جانِبٍ آخَرَ؛ لأنّ الشُّفْعةَ وجَبَتْ له في النِّصفِ المُشْتَرَى، والنِّصفُ الذي أصابَ المُشْتَري هو المُشْتَرَى؛ لأنّ القِسْمةَ إفراز.

ولو وقَعَ نصيبُ البائعِ من جانِبِ الشّفيعِ فباعَه بعدَ القِسْمةِ قبل طَلَبِ الشّفيعِ الشُّفْعةَ الأولى ثُمّ طَلَبَ الشّفيعُ فإنْ قضَى القاضي بالشُّفْعةِ الأخيرةِ - جعل نصفَ البائعِ بين الشّفيعِ وبين المُشْتَري وقضَى بالشُّفْعةِ الأولى - وهي نصفُ المُشْتَري - للشّفيعِ؛ لأنّ الشّفيعَ مع المُشْتَري جارانِ لنصفِ البائعِ، والشّفيعُ جارٌ خاصٌّ لنصفِ المُشْتَري.

ولو بَدَأ فقضَى للشّفيعِ بالشُّفْعةِ الأولى قضَى له بالأخيرةِ أيضًا؛ لأنّه لَمّا قضَى له

---

(١) في المخطوط: «بالاستحقاق».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «لأن».

بالشُّفْعةِ الأولى بَطَلَ حقُّ جِوارِ المُشْتَري فلم يَبْقَ له حقُّ الأخذِ بالشُّفْعةِ، ولِلشّفيعِ أنْ يَرُدّ المشْفوعَ فيه بخيارِ الرُّؤْيةِ والعيب وللمُشْتَري حقُّ الحبْسِ لاستيفاءِ الثّمَنِ؛ لأنّ الملكَ فيه لَمّا كان يَثْبُتُ بالتّمَلُّكِ ببَدَلٍ كان الأخذُ بالشُّفْعةِ شراءً فيُراعَى فيه أحْكامُ البيعِ والشِّراءِ، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

فصْلٌ [في طريق التملك بالشفعة]

وأمّا بيانُ طريقِ التّمَلُّكِ بالشُّفْعةِ وبيانُ كيْفيّتِه فالتّمَلُّكُ بالشُّفْعةِ يكونُ بأحدِ طريقَيْنِ: إمّا بتَسْليمِ المُشْتَري وإمّا بقضاءِ القاضي؛ أمّا التّمَلُّكُ بالتّسْليم بالبيعِ فظاهرٌ؛ لأنّ الأخذَ بتَسْليمِ المُشْتَري برِضاه ببَدَلٍ يُبْدِلُه الشّفيعُ وهو الثّمَنُ يُفَسِّرُ الشِّراءَ، والشِّراءُ تَمَلُّكٌ.

وأمّا بقضاءِ القاضي، فالكلامُ فيه في ثلاثةِ مواضِعَ في بيانِ كيْفيّةِ التّمَلُّكِ بالقضاءِ بالشُّفْعةِ وفي بيانِ شرطِ جَوازِ القضاءِ بالشُّفْعةِ، وفي بيانِ وقتِ القضاءِ بالشُّفْعةِ.

أما الأوّل: فالمبيعُ لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ في يَدِ البائعِ وإمّا أنْ يكونَ في يَدِ المُشْتَري فإنْ كان في يَدِ البائعِ ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّ القاضيَ إذا قضَى بالشُّفْعةِ يُنْتَقضُ البيعُ الذي كان بين البائعِ وبين المُشْتَري في المشهورِ من قولِهم ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه لا يُنْقضُ [(١)].

واختلف المشايخُ فيه قال بعضُهم: البيعُ لا يُنْتَقضُ بل تَتَحَوّلُ الصّفْقةُ إلى الشّفيعِ.

وقال بعضهم: يُنْتَقضُ البيعُ الذي جَرَى بين البائعِ والمُشْتَري ويَنْعَقِدُ للشّفيعِ بيعٌ آخَرُ كأنّه كان من البائعِ إيجابانِ أحدُهما مع المُشْتَري والآخَرُ مع الشّفيعِ، فإذا قضَى القاضي بالشُّفْعةِ فقد قَبِلَ الشّفيعُ الإيجابَ الذي أُضيفَ إليه وانتَقضَ ما أُضيفَ إلى المُشْتَري سَواءٌ قَبِلَ المُشْتَري الإيجابَ المُضافَ إليه أو لم يقبل.

وَجْهُ قولِ مَنْ قال بالتّحَوُّلِ لا بالانتِقاضِ: أنّ البيعَ لو انتقضَ لَتَعَذّرَ الأخذُ بالشُّفْعةِ؛ لأنّه من شرائطِ وجوب الشُّفْعةِ فإذا انتَقضَ لم يجبْ فتَعَذّرَ الأخذُ.

وَجْهُ قولِ مَنْ قال أنّه يُنْتَقضُ نصُّ محمّدٍ، والمعقولُ والأحْكامُ؛ أمّا الأوّلُ فقد ذَكَرَ محمّدٌ رحمه الله وقال انتَقضَ البيعُ فيما بين البائعِ والمُشْتَري، وهذا نصٌّ في الباب.

---

(١) في المخطوط: «ينتقض».

وأما المعقولُ فمن وجهَيْنِ:

أحدهما: أنّ القاضيَ إذا قضَى بالشُّفْعةِ قبل القبْضِ فقد عَجزَ المُشْتَري عن قَبْضِ المبيعِ؛ والعجْزُ عن قَبْضِ المبيعِ يوجِبُ بُطْلانَ البيعِ لخُلوِّه عن الفائدةِ؛ كما إذا هَلَكَ المبيعُ قبل القبْضِ.

والثاني: أنّ الملكَ قبل الأخذِ بالشُّفْعةِ للمُشْتَري لوجودِ آثارِ الملكِ في حقِّه على ما بيّنّا فيما تَقَدّمَ ولو (تَحَوّلِ الملكُ) [١] إلى الشّفيعِ لم يَثْبُتِ الملكُ للمُشْتَري.

وأما الأحكامُ: فإنّ للشّفيعِ أنْ يَرُدّ الدّارَ على مَنْ أخذها منه بخيارِ الرُّؤْيةِ وإذا رَدّ عليه لا يَعودُ شراءُ المُشْتَري ولو تَحَوّلَتِ الصّفْقةُ إلى الشّفيعِ لَعادَ شراءُ المُشْتَري؛ لأنّ التّحَوُّلَ كان لضَرورةِ مُراعاةِ حقِّ الشّفيعِ ولمّا رَدّ فقد زالَتِ الضّرورةُ فيَنْبَغي أنْ يَعودَ الشِّراءُ، ولأنّها لو تَحَوّلَتْ إليه لَصار المُشْتَري وكيلاً للشّفيعِ؛ لأنّ عقدَه يقعُ له، ولو كان كذلك لَما ثَبَتَ للشّفيعِ خيارُ الرُّؤْيةِ إذا كان المُشْتَري رَآها قبل ذلك ورَضِيَ بها؛ لأنّ خيارَ الرُّؤْيةِ يَبْطُلُ برُؤْيةِ الوكيلِ ورِضاه.

وكذلك لو كان الشِّراءُ بثَمَنٍ مُؤَجّلٍ فأرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَها للحالِ يأخُذْ بثَمَنٍ حالٍّ، ولو [٣/ ١٨٠ أ] تَحَوّلَتِ الصّفْقةُ إليه لأخذها بثَمَنٍ مُؤَجّلٍ، وكذا لو اشتَراها على أنّ البائعَ بَريءٌ من كُلِّ عَيْبٍ بها عندَ البيعِ ثُمّ أخذها الشّفيعُ فوَجَدَ بها عَيْبًا فلَه أنْ يَرُدّها على مَنْ أخذها منه.

ولو تَحَوّلَتْ تلك الصّفْقةُ إلى الشّفيعِ لَما ثَبَتَ له حقُّ الرّدِّ كما لم يَثْبُتْ للمُشْتَري، فدَلّتْ هذه المسائلُ على أنّ شراءَ المُشْتَري يُنْتَقضُ ويأخُذُها الشّفيعُ بشراءٍ مُبْتَدَإٍ بعدَ إيجابٍ مُبْتَدَإٍ مُضافٍ إليه، وقد خرج الجوابُ عن قولِهم أنّ البيعَ لو انتَقَضَ لَتعَذّرَ الأخذُ بالشُّفْعةِ؛ لأنّه لا يأخُذُ (بذلك العقدِ) [٢] لانتِقاضِه بل بعقدٍ مُبْتَدَإٍ مُقَرّرٍ [٣] بين البائعِ وبين الشّفيعِ على ما بيّنّا وسبق تقريرُه واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وإنْ كان المبيعُ في يَدِ المُشْتَري (أخذه منه ودَفَعَ الثّمَنَ إلى المُشْتَري) [٤]، والبيعُ

---

(١) في المخطوط: «تحولت تلك الصفقة».

(٢) في المخطوط: «بتلك الصفقة». (٣) في المخطوط: «مقدر».

(٤) في المخطوط: «أخذ منه ودفع الثمن إليه».

الأوّلُ صَحيحٌ ؛ لأنّ التّمَلُّكَ وقَعَ (على المُشْتَرِي) [١] فيُجْعَلُ كأنّه اشترى [٢] منه ثُمّ إذا أخذ الدّارَ من يَدِ البائعِ يَدْفَعُ الثّمَنَ إلى البائعِ وكانتِ العُهْدةُ عليه ويَسْتَرِدُّ المُشْتَرِي الثّمَنَ من البائعِ إنْ كان قد نَقَدَ، وإنْ أخذها من يَدِ المُشْتَرِي دَفَعَ الثّمَنَ إلى المُشْتَرِي وكانتِ العُهْدةُ عليه ؛ لأنّ العُهْدةَ هي حقُّ الرُّجوعِ بالثّمَنِ عندَ الاستِحْقاقِ، فيكونُ على مَنْ قَبَضَ الثّمَنُ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله : أنّ المُشْتَرِيَ إذا كان نَقَدَ الثّمَنَ ولم يقبضِ الدّارَ حتّى قُضيَ للشّفيعِ بمحضَرٍ منهما - أنّ الشّفيعَ يأخُذُ الدّارَ من البائعِ ويَنْقُدُ الثّمَنَ للمُشْتَرِي والعُهْدةُ على المُشْتَرِي، وإنْ كان لم يَنْقُدْ دَفَعَ الشّفيعُ الثّمَنَ إلى البائعِ والعُهْدةُ على البائعِ ؛ لأنّه إذا كان نَقَدَ الثّمَنَ للبائع فالملكُ [٣] لا يقعُ على البائعِ أصلًا ؛ لأنّه لا ملكَ له، ولا بُدّ أيضًا لبُطْلانِ حقِّ الحبْسِ [بنَقْدِ الثّمَنِ بل يقعُ على المُشْتَرِي فيكونُ الثّمَنُ له والعُهْدةُ عليه، وإذا كان لم يَنْقُدْ فللبائعِ حقُّ الحبْسِ] [٤] فلا يتمَكّنُ الشّفيعُ من قَبْضِ الدّارِ إلاّ بدَفْعِ الثّمَنِ إلى البائعِ فكانتِ العُهْدةُ على البائعِ، وَأمّا شرطُ جَوازِ القضاءِ بالشُّفْعةِ فحَضْرةُ المقضيِّ عليه ؛ لأنّ القضاءَ على الغائب لا يجوزُ.

وجملةُ الكلامِ فيه: أنّ المبيعَ إمّا أنْ يكونَ في يَدِ البائعِ وإمّا أنْ يكونَ في يَدِ المُشْتَرِي ؛ فإنْ كان في يَدِ البائعِ فلا بُدّ من حَضْرةِ البائعِ والمُشْتَرِي جميعًا ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما خَصْمٌ ؛ أمّا البائعُ فباليَدِ وأمّا المُشْتَرِي فبالملكِ فكان كُلُّ واحدٍ منهما مقضيًّا عليه فيُشْتَرَطُ حَضْرَتُهما لئَلاّ يكونَ قضاءٌ على الغائب من غيرِ أنْ يكونَ عنه خَصْمٌ حاضِرٌ.

وأمّا إنْ كان في يَدِ المُشْتَرِي فحَضْرةُ البائعِ ليستْ بشرطٍ ويُكتَفَى بحَضْرةِ المُشْتَرِي ؛ لأنّ البائعَ خرج من أنْ يكونَ خَصْمًا لزوالِ ملكِه ويَدِه عن المبيعِ فصار كالأجنَبيِّ، وكذا حَضْرةُ الشّفيعِ أو وكيلِه شرطُ جَوازِ القضاءِ له بالشُّفْعةِ ؛ لأنّ القضاءَ على الغائب كما لا يجوزُ فالقضاءُ للغائب لا يجوزُ أيضًا، ثُمّ القاضي إذا قضى بالشُّفْعةِ يَثْبُتُ الملكُ للشّفيعِ ولا يَقِفُ ثُبوتُ الملكِ له على التّسْليمِ ؛ لأنّ الملكَ للشّفيعِ يَثْبُتُ بالتملك [٥] بمنزلةِ الشِّراءِ، والشِّراءُ الصّحيحُ يوجِبُ الملكَ بنفسِه.

---

(١) في المخطوط : «للمشتري».
(٢) في المخطوط : «اشتراه».
(٣) في المخطوط : «فالتملك».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) زاد في المخطوط : «بالتملك».

وَأمّا وقتُ القضاءِ بالشُّفْعةِ: فوقتُه وقتُ المُنازَعةِ في الشفعة والمُطالَبةِ بها؛ فإذا طالَبَه بها الشّفيعُ يقضي القاضي له بالشُّفْعةِ سَواءٌ حَضَرَ [(١)] الثّمَنُ أو لا؛ في ظاهرِ الرِّوايةِ، ولِلمُشْتَري أنْ يَحْبسَ الدّارَ حتّى يَسْتَوْفيَ الثّمَنَ من الشّفيعِ وكذا الورَثةُ؛ لأنّ التّملُّكَ بالشُّفْعةِ بمنزلةِ الشِّراءِ من المُشْتَري وللبائعِ حقُّ حَبْسِ المبيعِ لاستيفاءِ الثّمَنِ فإنْ أبَى أنْ يَنْقُدَ حَبَسَه القاضي لأنّه ظَهَرَ ظُلْمُه بالامتِناعِ من إيفاءِ حقٍّ واجِبٍ عليه فيَحْبسُه ولا يَنْقُضُ الشُّفْعةَ؛ كالمُشْتَري إذا امتَنَعَ من إيفاءِ الثّمَنِ أنّه يُحْبَسُ ولا يُنْقضُ البيعُ، وإنْ طَلَبَ أجَلاً لنَقْدِ الثّمَنِ أجّلَه يومًا أو يومَيْنِ أو ثلاثةَ أيّامٍ؛ لأنّه [قد] [(٢)] لا يُمْكِنُه النّقْدُ للحالِ فيَحْتاجُ إلى مُدّةٍ يتمكّنُ فيها من النّقْدِ، فيُمْهِلُه ولا يَحْبسُه؛ لأنّ الحبْسَ جَزاءُ الظُّلْمِ بالمطْلِ ولم يَظْهَرْ مَطْلُه؛ فإنْ مضى الأجَلُ ولم يَنْقُدْ حَبَسَه.

وقال محمّد رحمه الله: ليس يَنْبَغي للقاضي أنْ يقضيَ بالشُّفْعةِ حتّى يُحْضِرَ الشّفيعُ المالَ؛ فإنْ طَلَبَ أجَلاً أجّلَه يومًا أو يومَيْنِ أو ثلاثةَ أيّامٍ ولم يقضِ له بالشُّفْعةِ، فإنْ قضَى بالشُّفْعةِ ثُمّ أبَى الشّفيعُ أنْ يَنْقُدَ حَبَسَه، وهذا عندي ليس باختلافٍ على الحقيقةِ ولِلقاضي أنْ يقضيَ بالشُّفْعةِ قبل إحضارِ الثّمَنِ بلا خلافٍ؛ لأنّ لفظَ محمّدٍ رحمه الله: (ليس يَنْبَغي للقاضي أنْ [٣/ ١٨٠ ب] يقضيَ بالشُّفْعةِ حتّى يُحْضِرَ الشّفيعُ المالَ) لا يَدُلُّ على أنّه ليس له أنْ يقضيَ بل هو إشارةٌ إلى نوعِ احتياطٍ واختيارُ الأولى، (لا تُسْتعملُ لفظةُ) [(٣)] «لا يَنبَغي» إلاّ في مثلِه؛ ولهذا لو قضَى جاز ونَفَذَ قضاؤُه، نصّ عليه محمّدٌ؛ وليس ذلك لكَوْنِه مَحَلّ الاجتِهادِ (لأن قضاء القاضي) [(٤)] بمذهبِ المُخالِفِ في المُجْتَهَداتِ إنّما يَنْفُذُ بشريطةِ [(٥)] اعتِقادِ إصابَتِه فيه وإفضاءِ اجتِهادِه إليه، وقد أطْلَقَ القضيّةَ في النّفاذِ من غيرِ هذا الشّرطِ فدَلّ أنّه لا خلافَ في المسألةِ على التّحْقيقِ، ثُمّ إنْ ثَبَتَ الخلافُ.

فوَجه قولِ محمّد: أنّ حقّ الشُّفْعةِ إنّما يَثْبُتُ لدَفْعِ ضَرَرِ الدّخيلِ عن الشّفيعِ، والقضاءُ قبل إحضارِ الثّمَنِ يتضَمّنُ الضّرَرَ بالمُشْتَري لاحتمالِ إفلاسِ الشّفيعِ ودَفْعُ الضّرَرِ عن

---

(١) في المخطوط: «أحضر». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «لا يستعمل لفظ».

(٤) في المطبوع: «ولأنّ القضاءَ». (٥) في المخطوط: «بشرط».

الإنسانِ بإضْرارِ غيرِه مُتَناقِضٌ فلا يُقْضَى قبل الإحضارِ (ولكنْ يُؤَجِّلُه) [١] يومَيْنِ أو ثلاثةً إنْ طَلَبَ التَّأجيلَ تمكينًا له من نَقْدِ الثَّمَنِ.

وَجهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: أنّ الشّفيعَ يصيرُ مُتَمَلِّكًا المشفوعَ فيه بمُقْتَضَى القضاءِ بالشُّفْعةِ كأنِ [٢] اشتَراه منه، والتّمَلُّكُ بالشِّراءِ لا يَقِفُ على إحضارِ الثّمَنِ كما في الشِّراءِ المُبْتَدَأ.

وقال محمّدٌ رحمه الله: لو ضَرَبَ له القاضي أجَلاً فقال له إنْ لم تأتِ بالثّمَنِ إلى وقتِ كذا فلا شُفْعةَ لَكَ فلم يأتِ به بَطَلَتْ شُفْعَتُه.

وكذا إذا قال الشّفيعُ: إنْ لم أُعْطِكَ الثّمَنَ إلى وقتِ كذا فأنا بَريءٌ من الشُّفْعةِ؛ لأنّ هذا تَعليقُ إسقاطِ حقِّ الشُّفْعةِ بالشّرطِ والإسقاطاتُ مِمّا يحتملُ التّعليقَ بالشّرطِ كالطّلاقِ والعتاقِ ونحوِ ذلك.

فَصْلٌ [في بيان شرط التملك]

وأمّا بيانُ شرطِ التّمَلُّكِ فالتّمَلُّكُ بالشُّفْعةِ له شرطانِ:

أحدُهما: رِضا المُشْتَري أو قضاءُ القاضي؛ لأنّ تَمَلُّكَ مالِ الغيرِ [مِمّا] [٣] لا سبيلَ إليه في الشّرعِ إلاّ بالتّراضي أو بقضاءِ القاضي فلا يَثْبُتُ التّمَلُّكُ بدونِهما.

والثّاني: أنْ لا يتضَمّنَ التّمَلُّكُ تَفريقَ الصّفْقةِ على المُشْتَري؛ فإنْ تَضَمّنَ ليس له أنْ يتمَلّكَ؛ لأنّ في التّفريقِ ضَرَرًا بالمُشْتَري وهو ضَرَرُ الشّرِكةِ، ودَفْعُ الضّرَرِ بالضّرَرِ مُتَناقِضٌ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا أرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَ بعضَ المُشْتَرَى بالشُّفْعةِ دونَ بعضِه أنّه هل يملِكُ ذلك؟ فجملةُ الكلامِ فيه أنّ المُشْتَرَى لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ بعضُه مُمْتازًا عن البعضِ وإمّا أنْ لا يكونَ؛ فإنْ لم يكنْ بأنِ اشترى دارًا واحدةً فأرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَ بعضَها بالشُّفْعةِ دونَ البعضِ أو يأخُذَ الجانبَ الذي يَلي الدّارَ دونَ الباقي ليس له ذلك بلا خلافٍ بين أصحابنا، ولكنْ [٤] يأخُذُ الكُلّ أو يَدَعُ؛ لأنّه لو أخذ البعضَ دونَ البعضِ

---

(١) في المخطوط: «ولكنه يؤجل».

(٢) في المخطوط: «كأنه».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «ولكنه».

لَتَفَرَّقَتِ [(١)] الصّفْقةُ على المُشْتَري؛ لأنّ الملكَ له في كُلِّ الدّارِ ثَبَتَ بقولٍ واحدٍ فكان أخذُ البعضِ تَفْريقًا فلا يملِكُه الشّفيعُ؛ وسَواءٌ اشترى واحدٌ من واحدٍ أو واحدٌ من اثنَيْنِ أو أكثَرَ، حتّى لو أرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَ نصيبَ أحدِ البائعَيْنِ [(٢)] ليس له [ذلك] [(٣)]؛ لما قُلْنا، سَواءٌ كان المُشْتَري قَبَضَ أو لم يقبضْ في ظاهرِ الرِّوايةِ عن أصحابنا، ورُوِيَ عنهم أنّ للشّفيعِ أنْ يأخُذَ نصيبَ أحدِ البائعَيْنِ قبل القبْضِ وليس له أنْ يأخُذَ من المُشْتَري نصيبَ أحدِهما بعدَ القبْضِ.

وَجْهُ هذه الرِّوايةِ: أنّ التّمَلُّكَ قبل القبْضِ لا يتضَمّنُ معنى التّفريقِ؛ لأنّ التّمَلُّكَ يقعُ على البائعِ وقد خرج نصيبُه عن ملكِه فلا يَلْزَمُه ضَرَرُ التّفريقِ؛ وهو ضَرَرُ الشّرِكةِ، بخلافِ ما بعدَ القبْضِ؛ لأنّ التّمَلُّكَ بعدَ القبْضِ يقعُ على المُشْتَري، ألا تَرَى أنّ العُهْدةَ عليه وفيه تَفَرُّقُ ملكِه، والصّحيحُ جَوابُ [ظاهر] [(٤)] الرِّوايةِ لأنّ الملكَ قبل القبْضِ للمُشْتَري بصَفْقةٍ واحدةٍ؛ فبملكِ [(٥)] نصيب أحدِ البائعَيْنِ تَفْريقَ ملكِه، فيَلْزَمُه ضَرَرُ الشّرِكةِ.

ولو اشترى رجلانِ من رجلٍ دارًا فلِلشّفيعِ أنْ يأخُذَ نصيبَ أحدِ المُشْتَرِيَيْنِ في قولِهم جميعًا؛ لأنّ الأخذَ هُنا لا يتضَمّنُ التّفريقَ لأنّ الصّفْقةَ حصَلَتْ مُتَفَرِّقةً وقتَ وجودِها؛ إذِ الملكُ في نصيب كُلِّ واحدٍ منهما ثَبَتَ بقولِه: فلم تَتّحِدِ الصّفْقةُ فلا يقعُ الأخذُ تَفْريقًا؛ لحُصولِ التّفريقِ [(٦)] قبله، وسَواءٌ كان بعدَ القبْضِ أو قبله في ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ: أنّه ليس للشّفيعِ أنْ يأخُذَ قبل القبْضِ إلاّ الكُلّ وبعدَ القبْضِ له أنْ يأخُذَ نصيبَ أحدِ المُشْتَرِيَيْنِ.

وَجْهُ هذه الرِّوايةِ: أنّ أخذَ البعضِ قبل [٣/ ١٨١ أ] القبْضِ يتضَمّنُ تَفْريقَ اليدِ على البائعِ، والتّمَلُّكُ قبل القبْضِ لا يتضَمّنُ التّفريقَ؛ لأنّ التّمَلُّكَ يقعُ على البائعِ وأنّه لا يجوزُ، ألا تَرَى أنّ أحدَ المُشْتَرِيَيْنِ لو أرادَ أنْ يقبضَ حِصّتَه دونَ صاحِبه ليس له ذلك.

وَجْهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: ما ذَكَرْنا أنّ الصّفْقةَ حَصَلَتْ مُتَفَرِّقةً من الابتِداءِ فلا يكونُ أخذُ

---

(١) في المخطوط: «لتفرق».
(٢) في المخطوط: «الباقيين».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فيملك».
(٦) في المخطوط: «التفرق».

البعضِ تَفْريقًا لحُصولِ التّفريقِ قبل الأخذِ وقولُه فيه تَفْريقُ اليدِ - وهو القبْضُ - مَمْنوعٌ فالشّفيعُ يتملّكُ نصيبَ أحدِ المُشْتَريَيْنِ بالشُّفْعةِ ولكنّه لا يُفرِّقُ اليدَ حتّى لو نَقَدَ الثّمَنَ، ليس له أنْ يقبضَ أحدَ النّصفَيْنِ ما لم يَنْقُدِ الآخَرَ كيْ لا يتفرّقَ القبْضُ، وسَواءٌ سَمّى لكُلِّ نصفٍ ثَمَنًا على حِدةٍ أو سَمّى للجملةِ [١] ثَمَنًا واحدًا فالعِبْرةُ لاتِّحادِ الصّفْقةِ وتَعَدُّدِها لا لاتِّحادِ الثّمَنِ وتَعَدُّدِه [٢] [لاتحاد الثمن] [٣]؛ لأنّ المانِعَ من التّفريقِ هو الضّرَرُ، والضّرَرُ يَنْشَأُ عن اتِّحادِ الصّفْقةِ لا عن اتِّحادِ الثّمَنِ، وسَواءٌ كان المُشْتَري عاقِدًا لنفسِه أو لغيرِه في الفصلَيْنِ جميعًا حتّى لو وكّلَ رجلانِ جميعًا رجلاً واحدًا بالشِّراءِ فاشترى الوكيلُ من رجلَيْنِ فجاءَ الشّفيعُ ليس له أنْ يأخُذَ نصيبَ أحدِ البائعَيْنِ بالشُّفْعةِ. ولو وكّلَ رجلٌ واحدٌ رجلَيْنِ فاشتريا من واحدٍ فلِلشّفيعِ أنْ يأخُذَ ما اشتَراه أحدُ الوكيلَيْنِ، وكذا لو كان الوُكَلاءُ عشرةً اشترَوْا [٤] لرجلٍ واحدٍ فلِلشّفيعِ أنْ يأخُذَ من واحدٍ أو [من] [٥] اثنَيْنِ أو [من] [٦] ثلاثةٍ.

قال محمدٌ رحمه الله: وإنّما أنْظُرُ في هذا إلى المُشْتَري ولا أنْظُرُ إلى المُشْتَرَى له، وهو نَظَرٌ صَحيحٌ؛ لأنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ من حُقوقِ البيعِ وأنّها راجِعةٌ إلى الوكيلِ فكانتِ العِبْرةُ لاتِّحادِ الوكيلِ وتَعَدُّدِه دونَ الموَكِّلِ، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَإنْ كان المُشْتَرَى بعضُه مُمْتازًا عن البعضِ بأنِ اشترى دارَيْنِ صَفْقةً واحدةً فأرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَ إحداهما دونَ الأُخرى فإنْ كان شَفيعًا لهما جميعًا فليس له ذلك ولكنْ [٧] يأخُذُهما جميعًا أو يَدَعُهما، وهذا قولُ أصحابنا الثّلاثةِ رضي الله تعالى عنهم وقال زُفَرُ رحمه الله: له أنْ يأخُذَ إحداهما بحِصّتِها من الثّمَن.

وَجهُ قولِه: أنّ المانِعَ من أخذِ البعضِ دونَ البعضِ هو لُزومُ ضَرَرِ الشّرِكةِ ولم يوجدْ ههنا لانفِصالِ كُلِّ واحدةٍ من الدّارَيْنِ عن الأُخرى.

(ولنَا): أنّ الصّفْقةَ وقَعَتْ مُجْتَمِعةً لأنّ المُشْتَريَ مَلَكَ الدّارَيْنِ بقَبولٍ واحدٍ فلا يملِكُ الشّفيعُ تَفْريقَها كما في الدّارِ الواحدةِ، وقولُه: «**ليس فيه ضَرَرُ الشّرِكةِ**» مُسَلّمٌ [٨] لكنْ فيه

---

(١) في المخطوط: «للكل».
(٢) في المخطوط: «وتعددها».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فاشتروا».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «ولكنه».
(٨) في المخطوط: «لهم».

ضَرَرٌ آخَرُ وهو أنّ الجمْعَ بين الجيِّدِ والرّديءِ في الصّفْقةِ مُعْتادٌ فيما بين النّاسِ فلو ثَبَتَ له حقُّ أخذِ أحدِهما [1] لأخذ الجيِّدَ فيتضرّرُ له المُشْتَري؛ لأنّ الرّديءَ لا يُشْتَرَى وحْدَه بمثلِ ما يُشْتَرَى مع الجيِّدِ فيتضرّرُ به وسَواءٌ كانتِ الدّارانِ مُتَلاصِقَتَيْنِ أو مُتَفَرِّقَتَيْنِ في مِصْرٍ واحدٍ أو مِصْرَيْنِ فهو على الاختلافِ لما ذَكَرْنا من المعنى في الجانِبينِ، فإنْ كان الشّفيعُ شَفيعًا لإحداهما دونَ الأُخرى ووَقَعَ البيعُ صَفْقةً واحدةً فهل له أنْ يأخُذَ الكُلّ بالشُّفْعةِ؟ رُوِيَ [2] عن أبي حنيفةَ أنّه ليس له أنْ يأخُذَ إلاّ التي تُجاوِرُه بالحِصّةِ.

وكذا رُوِيَ عن محمّدٍ في الدّارَيْنِ المُتَلاصِقَيْنِ إذا كان الشّفيعُ جارًا لإحداهما أنّه ليس له الشُّفْعةُ إلاّ فيما يَليه، وكذا قال محمّدٌ في الأقرِحةِ المُتَلاصِقةِ؛ وواحدٌ منها يَلي أرضَ إنسانٍ وليس بين الأقرِحةِ طريقٌ ولا نَهْرٌ إنّما هي مُنْساةٌ أنّه لا شُفْعةَ له إلاّ في القراحِ الذي يَليه خاصّةً.

وكذلك [قال] [3] في القريةِ إذا بيعَتْ بدورِها وأراضيها أنّ لكُلِّ شَفيعٍ أنْ يأخُذَ القراحَ الذي يَليه خاصّةً، ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّ للشّفيعِ أنْ يأخُذَ الكُلّ في ذلك كُلِّه بالشُّفْعةِ.

قال الكرخيُّ: رِوايةُ الحسَنِ تَدُلُّ على أنّ قول أبي حنيفةَ كان مثلَ قولِ محمّدٍ رحمه الله ثُمّ رَجَعَ عن ذلك فجَعَلَه كالدّارِ الواحدةِ.

وَجْهُ الرّوايةِ الأولى: أنّ سببَ ثُبوتِ الحقِّ - وهو الجِوارُ - وُجِدَ في أحدِهما وهو ما يَليه فلا يملِكُ إلاّ أخذَ [٣/ ١٨١ ب] أحدِهما، والصّفْقةُ - وإنْ وقَعَتْ مُجْتَمِعةً ولكنّها [4] أُضيفَتْ إلى شيئَيْنِ أحدُهما ثبَتَ فيه حقُّ الشُّفْعةِ والآخَرُ لم يَثْبُتْ فيه [حقُّ الشُّفْعةِ] [5] فلَه أنْ يأخُذَ ما ثَبَتَ فيه الحقُّ؛ كما إذا [6] اشترى عَقارًا أو مَنقولاً صَفْقةً واحدةً أنّه يأخُذُ العقارَ خاصّةً، كذا هذا.

وَجْهُ الرّوايةِ الأُخرى: أنّ سببَ الوجوب - وإنْ وُجِدَ فيما يَليه دونَ الباقي لكنْ لا سبيلَ

(١) في المخطوط: «إحداهما».
(٢) في المخطوط: «وروي».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ولكن».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «لو».

إلى أخذِه [1] [واحدة] [2] خاصّةً بدونِ الباقي لما فيه من تَفْريقِ الصّفْقةِ فيأخُذُ ما يَليه قضيّةً للسّبَب ويأخُذُ الباقيَ ضَرورةَ التّحرُّزِ عن تَفْريقِ الصّفْقةِ.

فصل [في بيان ما يتملك به]

وأمّا بيانُ ما يُتَمَلّكُ به فنقولُ وباللّه التّوْفيقُ: ثَمَنُ المُشْتَرَى لا يَخْلو:

إمّا أنْ يكونَ مِمّا له مثلٌ كالمكيلاتِ والموزوناتِ والعدَديّاتِ المُتَقارِبةِ.

وإمّا أنْ يكونَ مِمّا لا مثلَ له كالمذْروعاتِ والمعدوداتِ المُتَفاوِتةِ كالثّوب والعبدِ ونحوِ ذلك؛ فإنْ كان مِمّا له مثلٌ فالشّفيعُ يأخُذُ بمثلِه؛ لأنّ فيه تَحْقيقَ معنى الأخذِ بالشُّفْعةِ إذْ هو تمليكٌ بمثلِ ما تَمَلّكَ به المُشْتَري، وإنْ كان مِمّا لا مثلَ له يأخُذُ بقيمَتِه عندَ عامّةِ العلماءِ [3]، وقال أهلُ المدينةِ يأخُذُ بقيمةِ المُشْتَرَى.

وَجْهُ قولِهِم: أنّ المصيرَ إلى قيمةِ المبيعِ عندَ تَعَذُّرِ إيجاب المُسَمّى [من الثّمَنِ] [4] هو الأصلُ في الشّريعةِ كما في البيعِ الفاسِدِ، وههنا تَعَذّرَ الأخذُ بالمُسَمّى فصار إلى قيمةِ الدّارِ والعقارِ.

ولنَا: أنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ يُمَلِّكُ [5] بمثلِ ما تَمَلّكَ به المُشْتَري فإنْ كان الثّمَنُ الذي تَمَلّكَ به المُشْتَري من ذَواتِ الأمثالِ، كان الأخذُ (به تَمَلُّكًا) [6] بالمثلِ صورةً ومعنًى، وإنْ لم يكنْ من ذَواتِ الأمثالِ كان الأخذُ بقيمَتِه تَمَلُّكًا بالمثلِ معنًى؛ لأنّ قيمَتَه مِقْدارُ ماليّتِه بتقويمِ المُقَوِّمينَ؛ لهذا سُمّيَتْ قيمَتُه لقيامِها مقامَه فكان مثلَه معنًى، وأمّا قيمةُ الدّارِ فلا تكونُ [7] مثلَ العبدِ والثّوب لا صورةً ولا معنًى فالتّمَلُّكُ بها لا يكونُ تَمَلُّكًا بالمثلِ فلا يتحقّقُ معنى الأخذِ بالشُّفْعةِ.

---

(١) في المخطوط: «أخذ».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص١٢١).

ومذهب الشافعية: أن الشفيع يأخذ بما بذله المشترى، إن كان مثليًا فبمثله، وإن كان متقومًا فبقيمته يوم العقد. انظر: الوسيط (٤/ ٨٢).

ومذهب المالكية: إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمته، وإن كان بطعام أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله. انظر: المعونة (٢/ ٩١٨).

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «تملك».

(٦) في المخطوط: «تمليكًا».

(٧) في المخطوط: «يكون».

ولو تبايعا دارًا بدارٍ فلِشَفيعِ كُلِّ واحدةٍ من الدّارَيْنِ أنْ يأخُذَها بقيمَتِها ؛ لأنّ الدّارَ ليستْ من ذَواتِ الأمثالِ فلا يُمْكِنُ الأخذُ بمثلِها فيأخُذ بقيمَتِها كالعبدِ والثّوب .

وعلى هذا يُخَرّجُ ما لو [1] اشترى دارًا بعَرَضٍ ولم يتقابَضا حتّى هَلَكَ العرَضُ بَطَلَ البيعُ فيما بين البائعِ والمُشْتَري ولِلشّفيعِ الشُّفْعةُ، وكذلك لو كان المُشْتَري قَبَضَ الدّارَ ولم يُسَلِّم العرَضَ حتّى هَلَكَ .

أمّا بُطْلانُ البيعِ فيما بين البائعِ والمُشْتَري ؛ فلأنّ العرَضَ مَبيعٌ إذِ المبيعُ في الأصلِ ما يتعَيّنُ بالتّعْيينِ في البيعِ ، والعرَضُ يتعَيّنُ بالتّعْيينِ في البيعِ فكان مَبيعًا ، وهَلاكُ المبيعِ قبل القبْضِ يوجِبُ بُطْلانَ البيعِ لتَعَذُّرِ التّسْليمِ بعدَ الهَلاكِ فلم يكنْ في إبْقاءِ العقدِ فائدةٌ فيَبْطُلُ .

وأمّا بقاءُ الشُّفْعةِ للشّفيعِ ؛ فلأنّ الواجِبَ عليه قيمةُ العرَضِ لا عَيْنُه ، والقيمةُ مقدورُ التّسْليمِ في حقِّه فكان بقاءُ العرَضِ في حقِّ الشّفيعِ وهَلاكُه بمنزلةٍ واحدةٍ . ثُمّ الشّفيعُ إنّما يأخُذُ بما وجَبَ بالعقدِ لا بما أعطَى بَدَلاً من [2] الواجِب لما ذَكَرْنا أنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ يُمَلِّكُ بمثلِ ما تَمَلّكَ به المُشْتَري ، والمُشْتَري تَمَلّكَ المبيعَ بالمُسَمّى - وهو الواجِبُ بالعقدِ - فيأخُذه الشّفيعُ به حتّى لو اشترى الدّارَ بالدّراهمِ والدّنانيرِ ثُمّ دَفَعَ مَكانها عَرَضًا فالشّفيعُ يأخُذُ بالدّراهمِ والدّنانيرِ لا بالعرَضِ ؛ لأنّ الدّراهمَ والدّنانيرَ هي الواجِبةُ [3] بالعقدِ .

وأمّا العرَضُ : فإنّما أخذه البائعُ بعقدٍ آخَرَ ، وهو الاستِبْدالُ [4] فلم يكنْ واجِبًا بالعقدِ فصار كأنّ البائعَ اشترى بالثّمَنِ عَرَضًا ابتِداءً ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ ، ولو كان كذلك لَكان يأخُذُ بالثّمَنِ لا بالعرَضِ ، كذا هذا ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ .

وَلو زادَ المُشْتَري البائعَ في الثّمَنِ فالزّيادةُ لا تَلْزَمُ الشّفيعَ لأنّ الشّفيعَ إنّما يأخُذُ بما وجَبَ بالعقدِ ، والزّيادةُ ما وجَبَتْ بالعقدِ في حقِّ الشّفيعِ لانعِدامِها وقتَ العقدِ حقيقةً إلاّ أنّها جُعِلَتْ موجودةً عندَ [5] العقدِ في حقِّ المُتَعاقِدَيْنِ تَصْحيحًا لتَصرُّفِهما فلا يَظْهَرُ الوجودُ في حقِّ الشّفيعِ فلم تكُنِ الزّيادةُ ثَمَنًا في حقِّه بل كانت هِبةً مُبْتَدَأةً ، فلا تَتَعَلّقُ [6]

---

(١) في المخطوط : «إذا» .
(٢) في المخطوط : «عن» .
(٣) في المخطوط : «الواجب» .
(٤) في المخطوط : «الاستقبال» .
(٥) في المخطوط : «وقت» .
(٦) في المخطوط : «يتعلق» .

بها الشُّفْعةُ كالهِبةِ [٣/ ١٨٢ أ] المُبْتَدَأةِ.

ولو حَطّ البائعُ عن المُشْتَري بعض الثمن أو أبْرأه عن البعضِ فالشّفيعُ يأخُذُ بما بقيَ؛ لأنّ حَطّ بعضِ الثّمَنِ يَلْتَحِقُ بأصلِ العقدِ ويَظْهَرُ في حقّ الشّفيعِ كأنّ العقدَ ما ورَدَ إلاّ على هذا القدرِ بخلافِ الزّيادةِ فإنّ التِحاقَها لا يَظْهَرُ في حقّ الشّفيعِ لما بيّنّا ولأنّ في تَصْحيح الزّيادةِ ثَمنًا في حقّ الشّفيعِ ضَرَرًا به ولا ضَرَرَ عليه في الحطّ، ولو حَطّ جميعَ الثّمَنِ يأخُذُ الشّفيعُ بجميعِ الثّمَنِ ولا يَسْقُطُ عنه شيءٌ لأنّ حَطّ كُلّ الثّمَنِ لا يَلْتَحِقُ بأصلِ العقدِ؛ لأنه لو التَحقَ لَبَطَلَ البيعُ لأنّه يكونُ بيعًا بلا ثَمَنٍ فلم يصحّ الحطُّ في حقّ الشّفيعِ والتَحقَ في حقّه بالعدَمِ فيأخُذُ بجميعِ الثّمَنِ [ولا يَسْقُطُ عنه شيءٌ؛ لأنّ حَطّ كُلّ الثّمَنِ لا يَلْتَحِقُ بأصلِ العقدِ] [(١)] وصَحّ في حقّ المُشْتَري وإنْ كان إبْراءً له عن الثّمَنِ.

ولو اشترى دارًا بثَمَنٍ مُؤَجّلٍ فالشّفيعُ بالخيارِ إنْ شاء أخذها بثَمَنٍ حالٍّ وإنْ شاء انتَظَرَ مُضيّ الأجَلِ فأخذها عندَ ذلك، وليس له أنْ يأخُذَها للحالِ بثَمَنٍ مُؤَجّلٍ؛ لأنّ الشّفيعَ إنّما يأخُذُ بما وجَبَ بالبيعِ، والأجَلُ لم يجبْ بالبيعِ وإنّما وجَبَ بالشّرطِ والشّرطُ لم يوجدْ في حقّ الشّفيعِ ولهذا لم يَثْبُتْ خيارُ المُشْتَري للشّفيعِ بأنِ اشترى على أنّه بالخيارِ؛ لأنّ ثُبوتَه بالشّرطِ ولم يوجدْ من الشّفيعِ، وكذا البراءةُ عن العيب لا تَثْبُتُ في حقّ الشّفيعِ؛ لأنّ ثُبوتَها بالشّرطِ ولم يوجدْ مع الشّفيعِ، كذا هذا، وله أنْ يمْتَنِعَ من الأخذِ في الحالِ؛ لأنّ الشّفيعَ غيرُ مجبورٍ على الأخذِ بالشُّفْعةِ.

ولو اختارَ الشّفيعُ أخذَ الدّارِ بثَمَنٍ حالٍ كان الثّمَنُ للبائعِ على المُشْتَري إلى أجَلٍ [(٢)] لأنّ الأخذَ من المُشْتَري تَمَلُّكٌ منه بمنزلةِ التّمَلُّكِ المُبْتَدَإِ كأنّه اشترى منه فلا يوجِبُ بُطْلانَ البيعِ الأوّلِ فبقيَ العقد الأوّلُ على حالِه فكان الثّمَنُ على حالِه إلى أجَلِه. ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ في شراءِ الدّارِ بثَمَنٍ مُؤَجّلٍ أنّه يجبُ على الشّفيعِ أنْ يَطْلُبَ عندَ علمِه بالبيعِ فإنْ سَكَتَ إلى حينِ مَحِلِّ الأجَلِ فذلك تَسْليمٌ منه ثُمّ رَجَعَ وقال: إذا طَلَبَ عندَ حَلِّ الأجَلِ فلَه الشُّفْعةُ وإنْ لم يَطْلُبْ عندَ علمِه بالبيعِ.

وَجهُ قولِه الأوّلِ: أنّ وقتَ الطّلَب هو وقتُ العلمِ بالبيعِ وقت بل ذاك وقت الأخذ بالشفعة

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «أجله».

أنه يكون بعد الطلب فإذا لم يطلب عند العلم بالبيع وأخره إلى حَلِّ الأجَلِ فقد أخّرَه عن وقتِه من غيرِ عُذْرٍ فبَطَلَ [١] الحقُّ.

وَجهُ قولِه الآخرِ: أنّ الطّلَبَ لا يُرادُ لعَيْنِه بل لتَأكيدِ [٢] الحقِّ واستِقْرارِه، والتّأكيدُ لا يُرادُ لنفسِه بل لإمكانِ الأخذِ، وله أنْ لا يأخُذَ قبل حِلِّ الأجَلِ فلَه أنْ لا يَطْلُبَ قبل حِلِّه أيضًا والله تعالى أعلَمُ.

فصل [في بيان ما يتملك بالشفعة]

وأمّا بيانُ ما يُتَمَلّكُ بالشُّفعةِ فالذي يتمَلّكُه الشّفيعُ بالشُّفْعةِ هو الذي مَلَكَه المُشْتَري بالشِّراءِ سَواءٌ مَلَكَه أصلاً أو تبَعًا بعدَ أنْ يكونَ مُتّصِلاً وقتَ التّمَلُّكِ بالشُّفْعةِ، وذلك نحوُ البناءِ والغرْسِ والزّرْعِ والثّمَرِ وهذا استِحْسانٌ، والقياسُ: أنْ لا يُؤْخذ البناءُ والغرْسُ والزّرْعُ والثّمَرُ بالشُّفْعةِ.

وَجهُ القياسِ: أنّ الشّفيعَ إنّما يتمَلّكُ ما يَثْبُتُ له فيه حقُّ الشُّفعةِ وأنّه يَثْبُتُ في العقارِ لا في المنقولِ وهذه الأشياءُ مَنْقولةٌ فلم يَثْبُتْ فيها الحقُّ فلا تُتَمَلّكُ بالشُّفْعةِ وخاصّةً الزّرْعُ والثّمَرُ؛ لأنّهما مَبيعانِ ومقصودانِ لا يدخلانِ في العقدِ من غيرِ تَسْميةٍ فلم يَثْبُتِ الحقُّ فيهما لا أصلاً ولا تبَعًا.

ولنا: أنّ الحقّ إذا ثَبَتَ في العقارِ (يَثْبُتُ فيما) [٣] هو تبَعٌ [٤] له؛ لأنّ حُكمَ التبَعِ حُكمُ الأصلِ، وهذه الأشياءُ تابعةٌ للعَقارِ حالةَ الاتّصالِ أمّا البناءُ والغرْسُ [٥] فظاهرانِ؛ لأنّ قيامَهما بالأرضِ.

[وكذلك الزّرْعُ والثّمَرُ؛ لأنّ قيامَ الزّرْعِ وقيامَ الثّمَرِ بالشّجَرِ وقيامَ الشّجَرِ بالأرضِ] [٦] فكان تبَعًا للأرضِ بواسِطةِ الشّجَرِ فيَثْبُتُ الحقُّ فيهما تبَعًا فيملِكُهما بالشُّفْعةِ بطريقِ التّبَعيّةِ إلاّ أنّهما لا يدخلانِ في العقدِ إلاّ بالتّسْميةِ مع وجودِ التّبَعيّةِ حقيقةً بالنّصِّ وهو ما روينا في

---

(١) في المخطوط: «فيبطل».
(٢) في المخطوط: «لأخذ».
(٣) في المخطوط: «ثبت».
(٤) في المخطوط: «البيع».
(٥) في المخطوط: «والشجر».
(٦) ليست في المخطوط.

كِتاب البُيوعِ عن سَيِّدِنا رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ باعَ نَخلاً قد أُبِرَتْ [(١)] فثَمَرَتُها للبائعِ إلاّ أنْ يشترِطَها المُبْتاعُ» [(٢)]. فما دامَ البناءُ والشَّجَرُ مُتَّصِلاً بالأرضِ فلِلشَّفيعِ أنْ يأخُذَ الأرضَ معه بالثَّمَنِ الأوّلِ وكذا له أنْ يأخُذَ الأرضَ مع الثَّمَرِ والزَّرْعِ بالثَّمَنِ الأوّلِ بقْلاً كان الزَّرْعُ أو مُسْتَحْصَدًا إذا كان الزرع مُتَصِلاً، فأمّا إذا زالَ [٣/ ١٨٢ ب] الاتِّصالُ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ فلا سبيلَ للشّفيعِ عليه، وإنْ كانت عَيْنُه قائمةً سَواءٌ كان الزّوالُ بآفةٍ سَماويّةٍ أو بصُنْعِ المُشْتَري أو [بضع] [(٣)] الأجنبيِّ؛ لأنّ حقّ الشُّفْعةِ في هذه الأشياءِ إنّما ثَبَتَ معدولاً به عن القياسِ معلولاً بالتّبَعيّةِ وقد زالَتِ التّبَعيّةُ بزوالِ الاتّصالِ فيُرَدُّ الحُكمُ فيه إلى أصلِ القياسِ، وهل يَسْقُطُ عن الشّفيعِ حِصّتُه من الثّمَنِ؟ هذا لا يَخْلو إمّا أنْ كان مِمّا يدخلُ في العقدِ من غيرِ تَسْميةٍ وإمّا أنْ كان مِمّا لا يدخلُ فيه إلاّ بالتّسْميةِ فإنْ كان مِمّا يدخلُ في العقدِ من غيرِ تَسْميةٍ كالبناءِ والشّجَرِ يُنْظَرُ؛ إنْ كان زوالُ الاتّصالِ بآفةٍ سَماويّةٍ بأنِ احتَرَقَ البناءُ أو غَرِقَ أو جَفّ شَجَرُ البُسْتانِ لا يَسْقُطُ شيءٌ من الثّمَنِ والشّفيعُ يأخُذُ الأرضَ بجميعِ الثّمَنِ إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترك.

وكذلك لو انهَدَمَتِ الدّارُ سَواءٌ بقيَ عَيْنُ النّقْضِ أو هَلَكَ كذا ذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله في مُخْتَصَرِه وسَوّى بينه وبين الغرَقِ والحرْقِ، وفرّقَ الكَرْخيُّ رحمه الله فقال: إنِ [(٤)] احتَرَقَ أو غَرِقَ ولم يَبْقَ منه شيءٌ لا يَسْقُطُ شيءٌ من الثّمَنِ.

وإنِ انهَدَمَ يَسْقُطُ عن الشّفيعِ حِصّتُه من الثّمَنِ، وسَوّى بينه وبين ما إذا انهَدَمَ بفعلِ المُشْتَري أو الأجنبيِّ لكنّه فرّقَ بينهما من وجهٍ آخرَ وهو أنّ هناك تُعْتَبَرُ قيمَتُه مُتّصِلاً فيُقْسَمُ الثّمَنُ على قيمةِ البناءِ مبنيًّا وعلى قيمةِ الأرضِ فيأخُذُ الأرضَ بحِصّتِها من الثّمَنِ وههنا يُعْتَبَرُ مُنْفَصِلاً ساقِطًا ويَسْقُطُ ذلك القدرُ من الثّمَنِ.

والصّحيحُ ما ذَكَرَه القُدوريُّ رحمه الله؛ لأنّ البناءَ تَبَعٌ والأتْباعُ لا حِصّةَ لها من الثّمَنِ إلاّ أنْ تَصيرَ مقصودةً بالفعلِ وهو الإتْلافُ والقبْضُ ولم يوجدْ؛ ولهذا لو احتَرَقَ أو غَرِقَ لا

---

(١) في المخطوط: «أثمرت».

(٢) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب الرجل يكون له ممر أو شرب...، برقم (٢٢٠٤)، ومسلم برقم (١٥٤٣)، وأبو داود برقم (٣٤٣٣)، والترمذي برقم (١٢٤٤)، والنسائي، برقم (٤٦٣٦)، وابن ماجه برقم (٢٢١١) من حديث ابن عمر.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «إذا».

يَسْقُطُ شيءٌ من الثَّمَنِ، كذا هذا.

وإنْ كان زوالُ الاتِّصالِ بفعلِ المُشْتَري أو أجنبيٍّ بأنِ انهَدَمَ البناءُ أو قُطِعَ الشَّجَرُ تَسْقُطُ حِصَّتُه من الثَّمَنِ؛ لأنّه صار مقصودًا بالإتْلافِ فصار له حِصّةٌ من الثَّمَنِ كأطْرافِ العبدِ ويُقْسَمُ الثَّمَنُ على قيمة البناءِ مبنيًّا وعلى قيمةِ الأرضِ؛ لأنّه إنّما يُسْقِطُ حِصّةَ البناءِ فصار مَضمونًا عليه بفعلِه وهو الهَدْمُ والهَدْمُ صادَفَه وهو مبنيٌّ فتُعْتَبَرُ قيمَتُه مبنيًّا بخلافِ ما إذا انهَدَمَ بنفسِه على رِوايةِ الكَرْخيِّ رحمه الله؛ لأنّه انهَدَمَ لا بصُنْعِ أحدٍ فيُعْتَبَرُ حالُه يومَ الانهِدامِ، ولو لم يَهْدِمِ المُشْتَري البناءَ لكنّه باعَه بغيرِ أرضٍ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ كان أحقّ بالبناءِ والأرضِ فيأخُذُ ويُنْتَقضُ البيعُ في البناءِ؛ لأنّه باعَ البناءَ. وحقُّ الشّفيعِ مُتَعَلِّقٌ [١] به تبَعًا للأرضِ لوجودِ الاتِّصالِ فكان سبيلاً من إبْطال البيع كما لو باعَ الأصلَ - وهو الأرضُ - ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ أنّ له أنْ يأخُذَ، ويُنْتَقضُ البيعُ كما قُلْنا، كذا هذا.

وإنْ كان مِمّا لا يدخلُ في العقدِ إلاّ بالتّسْميةِ كالثّمَرِ والزّرْعِ يُسْقِطُ عن الشّفيعِ حِصّتَه من الثّمَنِ سَواءٌ كان زوالُ الاتِّصالِ بصُنْعِ العبدِ أو بآفةٍ سَماويّةٍ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ إذا احتَرَقَ البناءُ أو غَرِقَ أو انهَدَمَ على رِوايةِ القُدوريِّ رحمه الله أنّه لا يَسْقُطُ شيءٌ من الثّمَنِ؛ لأنّ البناءَ مَبيعٌ تبَعًا لا مقصودًا لثُبوتِ حُكمِ البيعِ فيها تبَعًا لا مقصودًا بالتّسْميةِ، والأتْباعُ ما لها حِصّةٌ من الثّمَنِ إلاّ إذا صارتْ مقصودةً بالفعلِ ولم يوجدْ، فأمّا الثّمَرُ والزّرْعُ فكُلٌّ واحدٍ منهما مَبيعٌ مقصودٌ.

ألا يُرَى أنّه لا يدخلُ في العقدِ من غيرِ تَسْميةٍ؟ فلا بُدّ وأنْ يَخُصّه شيءٌ من الثّمَنِ فإنْ هَلَكَ يَهْلِك بحِصّتِه من الثّمَنِ سَواءٌ هَلَكَ بنفسِه أو بالاستِهْلاكِ لما قُلْنا، وتُعْتَبَرُ قيمَتُه يومَ العقدِ؛ لأنّه أخذ الحِصّةَ بالعقدِ فتُعْتَبَرُ قيمَتُه يومَ العقدِ فيُقْسَمُ الثّمَنُ على قيمةِ الأرضِ وعلى قيمةِ الزّرْعِ وقتَ العقدِ لكنّه كيْفَ تُعْتَبَرُ قيمَتُها يومَ [٢] العقدِ مَفصولاً مجذوذًا أم قائمًا.

رُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه تُعْتَبَرُ قيمةُ الزّرْعِ وهو بقْلٌ مَفصولٌ ومجذوذٌ فيَسْقُطُ عنه ذلك القدرُ.

ورُوِيَ عن محمّدٍ في النّوادِرِ: أنّه يُعْتَبَرُ قيمَتُه قائمًا فتُقَوّمُ الأرضُ وفيها الزّرْعُ والثّمَرُ

---

(١) في المخطوط: «يتعلق». (٢) في المخطوط: «وقت».

وتُقَوّمُ وليس فيها الزّرْعُ والثّمَرُ فيَسْقُطُ عن الشّفيعِ ما بين ذلك.

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ الزّرْعَ دخلَ [٣/ ١٨٣ أ] في العقدِ وهو مُتّصِلٌ ويَثْبُتُ الحقُّ فيه وهو مُنْفَصِلٌ، وكذا الثّمَرُ فتُعْتَبَرُ قيمَتُها على صِفةِ الاتّصالِ على أنّ في اعتِبارِ حالةِ الانفِصالِ إضْرارًا بالشّفيعِ إذْ ليس للمَفصولِ (١) والثّمَرِ المجذوذِ كثيرُ قيمةٍ فيتضَرّرُ به الشّفيعُ.

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ حقّ الشّفيعِ إنّما سَقَطَ بعدَ زوالِ الاتّصالِ فتُعْتَبَرُ قيمَتُها مُنْفَصِلاً لا مُتّصِلاً.

وكذا لو كانتِ الأرضُ مبذورةً ولم يَطْلُعِ الزّرْعُ بعدُ ثُمّ طَلَعَ ففَصَلَه المُشْتَري عندَ أبي يوسُفَ يُقْسَمُ الثّمَنُ على قيمةِ البذْرِ وعلى قيمةِ الأرضِ فيَسْقُطُ قدرُ قيمةِ البذْرِ عن الثّمَنِ وعندَ محمّدٍ تُقَوّمُ الأرضُ مبذورةً وغيرَ مبذورةٍ فيَسْقُطُ عنه ما بين ذلك إذا آجَرَ الشّفيعُ الأرضَ مع الشّجَرِ بحِصّتِها من الثّمَنِ وبقيَتِ الثّمَرةُ في يَدِ البائعِ هل يَثْبُتُ الخيارُ للمُشْتَري؟ ذَكَرَ محمّدٌ أنّ الثّمَرةَ لازِمةٌ للمُشْتَري ولا خيارَ له.

ولو كان البائعُ أتْلَفَ الثّمَرةَ قبل أنْ يأخُذَ الشّفيعُ الأرضَ بالشُّفْعةِ فالمُشْتَري بالخيارِ إنْ شاء أخذ الأرضَ بحِصّتِها من الثّمَنِ وإنْ شاء ترك؛ لأنّه لَمّا أتْلَفَ الثّمَرةَ فقد فرّقَ الصّفْقةَ على المُشْتَري قبل التّمامِ من غيرِ رِضاه وأنّه يوجِبُ الخيارَ، بخلافِ ما إذا كان الشّفيعُ أخذ الأرضَ بالشُّفْعةِ؛ لأنّ التّفريقَ هناك حَصَلَ بِرِضا المُشْتَري؛ لأنّ حقّ الشّفيعِ كان ثابتًا في المأخوذِ وأنّه حقٌّ لازِمٌ فكان التّفريقُ (٢) هناك لضَرورةِ حقٍّ ثابتٍ لازِمٍ شرعًا فكان المُشْتَري راضيًا به، والتّفريقُ المَرضيُّ به لا يوجِبُ الخيارَ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

هذا إذا كانت [هذه] (٣) الأشياءُ موجودةً عندَ العقدِ مُتّصِلةً بالعقارِ ودامَ الاتّصالُ إلى وقتِ التّمَلُّكِ بالشُّفْعةِ أو زالَ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ فَأمّا إذا لم تكُنْ موجودةً عندَ العقدِ ووُجِدَتْ بعدَه ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ فإنْ كان الحادِثُ مِمّا يَثْبُتُ حُكمُ البيعِ فيه تَبَعًا وهو الثّمَرُ بأنْ وقَعَ البيعُ ولا ثَمَرَ في الشّجَرِ ثُمّ أثْمَرَ بعدَه ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ فما دامَ مُتّصِلاً يأخُذُه الشّفيعُ مع الأرضِ بالثّمَنِ الأوّلِ استِحْسانًا؛ لأنّه ثَبَتَ حُكمُ البيعِ فيه تَبَعًا لثُبوتِه في الأرضِ بواسِطةِ الشّجَرِ فكان مَبيعًا تَبَعًا فيَثْبُتُ حقُّ الشُّفْعةِ تَبَعًا سَواءٌ حَدَثَ في يَدِ المُشْتَري أو في يَدِ

---

(١) في المخطوط: «للفصيل».
(٢) في المخطوط: «التفرق».
(٣) ليست في المخطوط.

البائعِ؛ لأنّ الشُّفْعةَ (١) موجودةٌ في الحالَيْنِ فإنْ زالَ الاتِّصالُ فحَضَرَ الشّفيعُ؛ فإنْ كان حَدَثَ في يَدِ المُشْتَري فالشّفيعُ يأخُذُ الأرضَ والشّجَرَ بالثّمَنِ الأوّلِ إنْ شاء، وإنْ شاء ترك ولا يَسْقُطُ شيءٌ من الثّمَنِ، وسَواءٌ كان زوالُه بآفةٍ سَماويّةٍ وهو قائمٌ [بعدَ الزّوالِ] (٢) أو (هالِكٌ أو كان زوالُه بفعلِ أحدٍ؛ أمّا إذا كان بآفةٍ سَماويّةٍ وهو قائمٌ أو هالِكٌ) (٣)؛ لأنّه كان تَبَعًا حالةَ الاتّصالِ ولم يَرِدْ عليه فعلٌ يصيرُ به مقصودًا، والتّبَعُ لا يصيرُ له حِصّةٌ من الثّمَنِ بدونِه.

وأمّا إذا كان الزّوالُ بصُنْعِ العبدِ بأنْ جَذّه المُشْتَري وهو قائمٌ أو هالِكٌ (٤)؛ فلأنّه لم يَرِدْ عليه العقدُ ولا القبْضُ وإنْ كان حَدَثَ في يَدِ البائعِ فإنْ كان الزّوالُ بآفةٍ سَماويّةٍ وهو قائمٌ أو هالِكٌ فكذلك أخذ الشّفيعُ الأرضَ والشّجَرَ بجميعِ الثّمَنِ إنْ شاء؛ لأنّه لم يوجدْ فعلٌ يصيرُ به مقصودًا فيُقابلُه الثّمَنُ.

وإنْ كان بفعلِ البائعِ بأنِ استهْلَكَه يَسْقُطُ عن الشّفيعِ حِصّتُه من الثّمَنِ لصَيْرورَتِه مقصودًا بالإتْلافِ، وإنْ كان الحادِثُ مِمّا لم يَثْبُتْ فيه حُكمُ البيعِ رأسًا لا أصلاً ولا تبَعًا بأنْ بَنى المُشْتَري بناءً أو غَرَسَ أو زَرَعَ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ يُقْضَى له بشُفْعةِ الأرضِ ويُجْبَرُ المُشْتَري على قَلْعِ البناءِ والغرْسِ وتَسْليمِ السّاحةِ إلى الشّفيعِ إلاّ إذا كان في القلْعِ نُقْصانُ الأرضِ فلِلشّفيعِ الخيارُ؛ إنْ شاء أخذ الأرضَ بالثّمَنِ، والبناءَ والغرْسَ بقيمَتِه مقلوعًا وإنْ شاء أُجبرَ المُشْتَري على القلْعِ وهذا (٥) جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ (٦).

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنّه لا يُجْبَرُ المُشْتَري على قَلْعِ البناءِ والغرْسِ ولكنّه يأخُذُ الأرضَ بثَمَنِها والبناءَ والغرْسَ بقيمَتِه قائمًا غيرَ مقلوعٍ إنْ شاء وإنْ شاء ترك وبه أخذ الشّافعيُّ رضي الله عنه (٧).

---

(١) في المخطوط: «التبعية».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «هلك فظاهر».
(٤) في المخطوط: «مستهلك».
(٥) في المخطوط: «وهو».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٤/ ١٤٠٦).
(٧) وفي بيان مذهب الشافعية: أن المشتري إذا بنى أو غرس في نصيبه بعد القسمة والتمييز، ثم على الشفيع لم يكن له قلعه مجانًا، وإن لم يختر المشترى القلع فللشفيع الخيار بين إيقاء ملك المشتري في الأرض بأجرة وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ، وبين أن ينقصه ويغرم أرش النقص.

وأجمَعوا على أنّ المُشْتَرِيَ لو زَرَعَ في الأرضِ ثُمّ حَضرَ الشّفيعُ أنّه لا يُجْبَرُ المُشْتَري على قَلْعِه ولكنّه يَنْتَظِرُ إدْراكَ الزّرْعِ ثُمّ يُقْضَى له بالشُّفْعةِ فيأخُذُ الأرضَ بجميعِ الثّمَنِ.

وَجْهُ رِوايةِ أبي يوسُفَ رحمه الله: أنّ في الجبْرِ على النّقْضِ ضَرَرًا [٣/ ١٨٣ ب] بالمُشْتَري وهو إبْطالُ تَصَرُّفِه في ملكِه وفيما قُلْنا مُراعاةُ الجانِبين.

أمّا جانِبُ المُشْتَري فظاهرٌ؛ لأنّ فيه صيانةَ حقِّه عن الإبْطال وأمّا جانِبُ الشّفيعِ؛ فلأنّه يأخُذُ البناءَ بقيمَتِه، وأخذُ الشّيءِ بقيمَتِه لا ضَرَرَ فيه على أحدٍ.

وَجْهُ ظاهرِ الرّوايةِ: أنّ حقّ الشّفيعِ كان مُتَعَلِّقًا بالأرضِ قبل البناءِ ولم يَبْطُلْ ذلك بالبناءِ بل بقيَ فإذا قُضيَ له بالشُّفْعةِ فقد صار ذلك الحقُّ ملكًا له فيُؤْمَرُ بتَسْليمِ ملكِه إليه ولا يُمْكِنُه التّسْليمُ إلاّ بالنّقْضِ فيُؤْمَرُ بالنّقْضِ ولهذا أُمِرَ الغاصِبُ والمُشْتَري عندَ الاستِحْقاقِ بالنّقْضِ كذا هذا.

قولُه: في النّقْضِ ضَرَرٌ بالمُشْتَري.

قُلنا: إنْ كان فيه ضَرَرٌ به فهو الذي أضَرّ بنفسِه حيثُ بَنَى على مَحَلٍّ تَعَلّقَ به حقُّ غيرِه، ولو أخذ الشّفيعُ الأرضَ بالشُّفْعةِ وبَنَى عليها ثُمّ استُحِقّتْ وأُمِرَ الشّفيعُ بنَقْضِ البناءِ فإنّ الشّفيعَ يرجِعُ على المُشْتَري بالثّمَنِ ولا يرجِعُ عليه بقيمةِ البناءِ - إنْ كان أخذ منه - ولا على البائعِ أيضًا - إنْ كان أخذ منه - في ظاهرِ الرِّوايةِ [١] ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه يرجِعُ عليه.

وجْهُ هذه الرّوايةِ: أنّ الأخذَ بالشُّفْعةِ بمنزلةِ الشِّراءِ من المُشْتَري، ولو كان اشتَراه لَرَجَعَ عليه كذا إذا أخذه بالشُّفْعةِ له الرُّجوعُ بقيمةِ البناءِ في الشِّراءِ لوجودِ الغرورِ من البائعِ وضَمانِ السّلامةِ للمُشْتَري؛ لأنّ كُلّ بائعٍ مُخَيِّرٌ للمُشْتَري أنّه يَبيعُ ملكَ نفسِه وشارِطٌ سَلامةَ ما يُبنَى [٢] فيه دَلالةً فإذا لم يُسَلِّم يَدْفَعُ [٣] بحُكمِ الضّمانِ المشْروطِ دَلالةً؛ إذْ ضَمانُ الغرورِ ضَمانُ الكفالةِ في الحقيقةِ ولا غرورَ من المُشْتَري في حقِّ الشّفيعِ؛ لأنّه مجبورٌ على التّمَلُّكِ منه، وحقُّ الرُّجوعِ بضَمانِ الغرورِ على المُخْتارِ لا على المجبورِ؛ كالجاريةِ المأسورةِ إذا اشتَراها رجلٌ فأخذها المالِكُ القديمُ بالثّمَنِ واستَوْلَدَها ثُمّ استُحِقّتْ من يَدِه

---

(١) في المخطوط: «الروايات».

(٢) في المخطوط: «بين».

(٣) في المخطوط: «يرجع».

وقُضيَ عليه بالعُقْرِ وقيمةِ الولدِ فإنّه يرجعُ على المُشْتَري بالثّمَنِ الذي دَفَعَه إليه ولا يرجعُ عليه بقيمةِ الولدِ، ومثلُه إذا استَوْلَدَ جاريةً بالشّراءِ ثُمّ استُحِقّتْ فإنّ المُشْتَريَ يرجعُ على بائعِه بالثّمَنِ وبقيمةِ الولدِ؛ لصَيْرورَتِه مَغْرورًا من جِهَتِه ولا غرورَ من المُشْتَري من الحرْبيِّ لكَوْنِه مجبورًا في التّمَلُّكِ عليه بما أخذه من الحرْبيِّ، كذا هذا. واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

فصل [في بيان من يتملك منه الشقص]

وأمّا بيانُ مَنْ يُتَمَلّكُ منه الشِّقْصُ المشْفوعُ فيه فالشّفيعُ يتملّكُ من الذي في يَدِه؛ إنْ كان في يَدِ البائعِ أخذه منه ونَقَدَه الثّمَنَ والعُهْدةُ عليه، وإنْ كان في يَدِ المُشْتَري أخذه [1] ودَفَعَ الثّمَنَ إليه، والعُهْدةُ عليه، سَواءٌ كان المُشْتَري عاقِدًا لنفسِه أو لغيرِه؛ بأنْ كان وكيلاً بالشّراءِ وقَبَضَ الدّارَ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ، وهذا جَوابُ ظاهرِ الرّوايةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه لا يأخُذُها من يَدِ الوكيلِ.

وَجهُ هذه الروايةِ: أنّ الوكيلَ لم يشترِ لنفسِه وإنّما اشترى لموَكِّلِه فلم يكنْ هو خَصْمًا بَلِ الخصْمُ الموَكِّلُ [2]، فلا يأخُذُ منه ولكنْ يُقالُ له: سَلِّمِ الدّارَ إلى الموَكِّلِ، فإذا سَلّمَ يأخُذُها الشّفيعُ منه.

وَجهُ ظاهرِ الروايةِ: أنّ الشُّفْعةَ من حُقوقِ العقدِ وأنّها راجِعةٌ إلى الوكيلِ، والوكيلُ في الحُقوقِ أصلٌ بمنزلةِ المُشْتَري لنفسِه فكان خَصْمَ الشّفيعِ فيأخُذُ الدّارَ [منه] [3] بالثّمَنِ وكانتِ العُهْدةُ عليه وإنْ كان الوكيلُ سَلّمَ الدّارَ إلى الموَكِّلِ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ فإنّه يأخُذُ الدّارَ من الموَكِّلِ ويَدْفَعُ الثّمَنَ إليه وكانتِ العُهْدةُ عليه، ولا خُصومةَ للشّفيعِ مع الوكيلِ؛ لأنّه بالتّسْليمِ إلى الموَكِّلِ زالَتْ يَدُه عن الدّارِ فخرج من أنْ يكونَ خَصْمًا بمنزلةِ البائعِ إذا سَلّمَ الدّارَ إلى المُشْتَري أنّه لا خُصومةَ للشّفيعِ مع البائعِ لما قُلْنا، كذا هذا غيرَ أنّ الدّارَ إذا كانت في يَدِ البائعِ لم يكنْ خَصْمًا ما لم يَحْضُرِ المُشْتَري، وإذا كانت في يَدِ الوكيلِ يكونُ خَصْمًا وإنْ لم يَحْضُرِ الموَكِّلُ؛ لأنّ الوكيلَ بالتّوْكيلِ قائمٌ مقامَ الموَكِّلِ والبائعُ ليس بقائمٍ مقامَ المُشْتَري لانعِدامِ ما يوجِبُ ذلك.

---

(١) في المخطوط: «أخذ منه».
(٢) في المخطوط: «الوكيل».
(٣) ليست في المخطوط.

ولو قال المُشْتَري قبل أنْ يُخاصِمَه الشّفيعُ في الشُّفْعةِ إنّما اشتريْتُ لفُلانٍ، وسَلّمَ إليه ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ فلا خُصومةَ بينه وبين المُشْتَري؛ لأنّه أقَرّ قبل أنْ يكونَ خَصْمًا للشّفيعِ فصَحّ [٣/ ١٨٤ أ] إقرارُه لانعِدامِ التُّهْمةِ، فصار كما لو كانتِ الوكالةُ معلومةً ولو أقَرّ بذلك بعدَما خاصَمَه الشّفيعُ لم تَسْقُطِ الخُصومةُ عنه؛ لأنّه مُتّهَمٌ في هذا الإقرارِ لصَيْرورَتِه خَصْمًا للشّفيعِ فلا يُقْبَلُ في إبْطال حقِّه.

ولو أقامَ بيِّنةً أنّه قال قبل الشِّراءِ: إنّما أشترى لفُلانٍ لم تُقْبل بيِّنَتُه؛ لأنّ هذه البيِّنةَ لو صَدَقَتْ لم تَدْفَعِ الخُصومةَ عنه؛ لأنّه لا يَثْبُتُ بها إلاّ الشِّراءُ لفُلانٍ وبهذا لا تَنْدَفِعُ عنه الخُصومةُ.

ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّها لا تُقْبَلُ لإثباتِ الملكِ للغائب وتُقْبَلُ لدَفْعِ الخُصومةِ بينه وبين الشّفيعِ حتّى يَحْضُرَ المُقَرُّ له.

فصل [في بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري]

وأمّا بيانُ حُكمِ اختلافِ الشّفيعِ والمُشْتَري فاختلافُهما لا يَخْلو إمّا أنْ يرجعَ إلى الثّمَنِ، وإمّا أنْ يرجعَ إلى المبيعِ، وإمّا أنْ يرجعَ إلى صِفةِ المبيعِ.

أمّا الذي يرجعُ إلى الثّمَنِ فلا يَخْلو. إمّا أنْ يقعَ الاختلافُ في جِنْسِ الثّمَنِ وإمّا أنْ يقعَ في قدرِه وإمّا أنْ يقعَ في صِفَتِه وإنْ وقَعَ في الجِنْسِ بأنْ قال المُشْتَري: اشتريْتُ بمائةِ دينارٍ، وقال الشّفيعُ: لا بل بألفِ درهمٍ فالقولُ قولُ المُشْتَري؛ لأنّ الشّفيعَ يَدّعي عليه التّملُّكَ بهذا الجِنْسِ وهو يُنْكِرُ فكان القولُ قول المُنْكِرِ مع يمينِه ولأنّ المُشْتَريَ أعرَفُ بجِنْسِ الثّمَنِ من الشّفيعِ؛ لأنّ الشِّراءَ وُجِدَ منه لا من الشّفيعِ فكان أعرَفَ به من الشّفيعِ فيرجعُ في معرِفةِ الجِنْسِ إليه.

وإنْ وقَعَ الاختلافُ في قدرِ الثّمَنِ بأنْ قال المُشْتَري: اشتريْتُ بألفَيْنِ وقال الشّفيعُ: بألفٍ، فالقولُ قولُ المُشْتَري مع يمينِه وعلى الشّفيعِ البيِّنةُ أنّه اشتَراه بألفٍ؛ لأنّ الشّفيعَ يَدّعي التّملُّكَ على المُشْتَري بهذا القدرِ من الثّمَنِ والمُشْتَري يُنْكِرُ فكان القولُ قولُ المُنْكِرِ.

ولو صَدّقَ البائعُ الشّفيعَ؛ بأنْ قال: بعْتُ بألفٍ يُنْظَرُ في ذلك إنْ كان البائعُ ما قَبَضَ الثّمَنَ فالقولُ قولُ البائعِ والشّفيعُ يأخُذُ بالألفِ سَواءٌ كان المبيعُ في يَدِ البائعِ أو في يَدِ

المُشْتَري إذا لم يكنْ نَقَدَ الثّمَنَ؛ لأنّ البائعَ إذا لم يكنْ قَبَضَ الثّمَنَ فالتّمَلُّكُ يقعُ عليه بتمليكِه فيرجعُ في مِقْدارِ ما مَلَكَ به إلى قولِه ولأنّ الشِّراءَ لو وقَعَ بألفٍ كما قاله البائعُ أخذ الشّفيعُ به وإنْ وقَعَ بألفَيْنِ كما قاله المُشْتَري كان قولُ البائعِ بعْتُ بألفٍ حَطّ بعضِ الثّمَنِ عن المُشْتَري، وحَطُّ بعضِ الثّمَنِ يصحُّ ويَظْهَرُ في حقِّ الشّفيعِ على ما مَرّ.

وإنْ كان البائعُ قَبَضَ الثّمَنَ؛ لا يُلْتَفَتُ إلى تَصْديقِه والقولُ قولُ المُشْتَري؛ لأنّه إذا قَبَضَ الثّمَنَ لم يَبْقَ له حقٌّ في المبيعِ أصلاً وصار أجنَبيًّا فالتُحِقَ تَصْديقُه بالعدَمِ، وقيلَ إنّه يُراعَى التّقْديمُ والتّأخيرُ في تَصْديقِ البائعِ فإنْ بَدَأَ بالإقرارِ بالبيعِ بأنْ قال: بعْتُ الدّارَ بألفٍ وقَبَضْتُ الثّمَنَ فالشّفيعُ يأخُذُها [١] بألفٍ، وإنْ بَدَأَ بالإقرارِ بقَبْضِ الثّمَنِ بأنْ قال: قَبَضْتُ الثّمَنَ وهو الألفُ لا يُلْتَفَتُ إلى قولِه؛ لأنّه لَمّا بَدَأَ بالإقرارِ بالبيعِ فقال بعْتُ بألفٍ فقد تَعَلّقَ به حقُّ الشُّفْعةِ فهو بقولِه قَبَضْتُ الثّمَنَ يُريدُ إسقاطَ حقٍّ مُتَعَلِّقٍ بقولِه فلا يُصَدّقُ، وإذا بَدَأَ بالإقرارِ بقَبْضِ الثّمَنِ فقد صار أجنَبيًّا فلا يُقْبَلُ قولُه في مِقْدارِ الثّمَنِ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهما أنّ المبيعَ إذا كان في يَدِ البائعِ فأقَرّ بقَبْضِ الثّمَنِ وزَعَمَ أنّه ألفٌ فالقولُ قولُه؛ لأنّ المبيعَ إذا كان في يَدِ البائعِ فالتّمَلُّكُ يقعُ عليه فكان القولُ قوله في مِقْدارِ الثّمَنِ.

ولو اختلف البائعُ مع المُشْتَري والشّفيعِ، والدّارُ في يَدِ البائعِ أو المُشْتَري لكنّه لم يَنْقُدِ الثّمَنَ فالقولُ في ذلك قولُ البائعِ، والبائعُ مع المُشْتَري يتحالَفانِ ويترادّانِ، والشّفيعُ يأخُذُ الدّارَ بما قال البائعُ إنْ شاء، أمّا التّحالُفُ والتّرادُّ فيما بين البائعِ والمُشْتَري فلِقولِه عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المُتَبايِعانِ تَحالَفا وتَرادّا» [٢] وأمّا أخذُ الشّفيعِ بقولِ البائعِ إنْ شاء؛ فلأنّه إذا لم يقبضِ الثّمَنَ فالتّمَلُّكُ يقعُ [عليه] [٣] فكان القولُ في مِقْدارِ الثّمَنِ في حقِّ الشّفيعِ.

قولُه: وإنْ كان البائعُ قد قَبَضَ الثّمَنَ فلا يُلْتَفَتُ إلى قولِه؛ لأنّه صار أجنَبيًّا على ما بيّنّا

---

(١) في المخطوط: «يأخذ».

(٢) أورده ابن حجر في «التلخيص»، (٣/ ٣١)، بروايتين، وقال: وأما رواية التراداد فرواها مالك بلاغًا عن ابن مسعود، ورواها أحمد والترمذي بإسناد منقطع.

(٣) ليست في المخطوط.

هذا إذا لم يكنْ لأحدِهما بيّنةٌ لا للشّفيعِ ولا للمُشتَري [٣/ ١٨٤ ب]، فإنْ قامَتْ لأحدِهما بيّنةٌ قُبلَتْ بيّنَتُه وإنْ أقاما جميعًا البيّنةَ فالبيّنةُ بيّنةُ الشّفيعِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ البيّنةُ بيّنةُ المُشْتَري.

وَجهُ قولِه: أنّ بيّنةَ المُشْتَري تُظْهِرُ زيادةً فكانت أولى بالقبولِ كما إذا اختلف البائعُ والمُشْتَري في مِقْدارِ الثّمَنِ فقال البائعُ: بعْتُ بألفَيْنِ، وقال المُشْتَري: بألفٍ، وأقاما جميعًا البيّنةَ فالبيّنةُ (١) بيّنةُ البائعِ لما قُلْنا، والجامعُ بينهما من وجهَيْنِ:

أحدِهما: أنّ الزّيادةَ التي تُظْهِرُها إحدى البيّنَتَيْنِ لا مُعارِضَ لها فتُقْبَلُ في قدرِ الزّيادةِ لخُلوِّها عن المُعارِضِ ولا يُمْكِنُ إلاّ بالقبولِ في الكُلِّ فتُقْبَلُ في الكُلِّ ضَرورةً.

والثاني: أنّ البيّنةَ المُظْهِرةَ للزّيادةِ مُثْبتةٌ والأُخرى نافيةٌ، والمُثْبتُ يترَجّحُ على النّافي. ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه (طريقَتانِ؛ إحداهما) (٢) ذكَرَها أبو يوسُفَ لأبي حنيفةَ ولم يأخُذْ بها، والثّانيةُ ذكَرَها محمّدٌ [لأبي حنيفة] (٣) وأخذ بها أمّا الأولى فهي أنّ البيّنةَ جُعِلَتْ حُجّةً للمُدّعي قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «البيّنةُ على المُدّعي» (٤) والمُدّعي ههنا هو الشّفيعُ؛ لأنّه غيرُ مجبورٍ (٥) على الخُصومةِ في الشُّفْعةِ بل إذا تركها ترك والمُشْتَري مجبورٌ (٦) على التّملُّكِ عليه، بحيثُ لو ترك الخُصومةَ لا يُتْرُكُ فكان المُدّعي منهما هو الشّفيعُ فكانتِ البيّنةُ حُجّتَه.

وأمّا (الثّانيةُ: فهي) (٧) أنّ البيّنةَ حُجّةٌ من حُجَجِ الشّرعِ فيجبُ العمَلُ بها ما أمكَنَ وههنا أمكَنَ العمَلُ بالبيّنَتَيْنِ في حقِّ الشّفيعِ بأنْ يُجْعَلَ كأنّه وُجِدَ (٨) عقدانِ أحدُهما بألفٍ والآخرُ بألفَيْنِ؛ لأنّ البيعَ الثّانيَ لا يوجِبُ انفِساخَ البيعِ الأوّلِ في حقِّ الشّفيعِ وإنْ كان يوجِبُ ذلك في حقِّ العاقِدَيْنِ؛ ألا تَرَى أنّه لو باعَ بألفٍ ثُمّ باعَ بألفَيْنِ ثُمّ حَضَرَ الشّفيعُ كان

---

(١) في المخطوط: «أن البينة».
(٢) في المخطوط: «طريقان، أحدهما».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) أخرجه بهذا اللفظ البيهقي (١٠/ ٢٥٢) كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، من حديث ابن عباس.
(٥) في المخطوط: «مجبر».
(٦) في المخطوط: «مجبر».
(٧) في المخطوط: «الثاني».
(٨) في المخطوط: «جعل».

له أنْ يأخُذَ الدّارَ بألفٍ دَلّ أنّ البيعَيْنِ قائمانِ في حقِّ الشّفيعِ وأنّ الفسخَ الأوّلَ في حقِّهما فأمكَنَ تقديرُ عقدَيْنِ، بخلافِ ما إذا اختلف البائعُ والمُشْتَري في مِقْدارِ الثّمَنِ وأقاما البيِّنَةَ أنّ البيِّنَةَ بيِّنةُ البائعِ.

اما على الطّريقِ الأولى [١]: فلأنّ البائعَ هناك هو المُدّعي فكانتِ البيِّنةُ حُجّتَه؛ ألا تَرَى أنّه لا يُجْبَرُ على الخُصومةِ والمُشْتَري مجبورٌ [٢] عليها، وههنا بخلافِه على ما بيّنّا.

واما على الطّريقِ الثانيةِ [٣]: فلأنّ تقديرَ عقدَيْنِ هُنا [٤] مُتعَذّرٌ؛ لأنّ البيعَ الثّانيَ يوجِبُ انفِساخَ الأوّلِ في حقِّ العاقِدَيْنِ فكان العقدُ واحدًا، والتّرْجيحُ بجانِب البائعِ لانفِرادِ بيِّنَتِه بإظهارِ فضْلٍ فكانت أولى بالقبولِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَلو اشترى دارًا بعَرَضٍ ولم يتقابَضا حتّى هَلَكَ العرَضُ وانتَقضَ البيعُ فيما بين البائعِ والمُشْتَري أو كان المُشْتَري قَبَضَ الدّارَ ولم يُسَلِّمِ العرَضَ حتّى هَلَكَ وانتَقضَ البيعُ فيما بينهما وبقيَ [للشّفيعِ] [٥] حقُّ الشُّفعةِ بقيمةِ العرَضِ على ما بيّنّا فيما تَقَدّمَ ثُمّ اختلف الشّفيعُ والبائعُ في قيمةِ العرَضِ فالقولُ قولُ البائعِ مع يمينِه؛ لأنّ الشّفيعَ يَدّعي عليه التّمَلُّكَ بهذا القدرِ من الثّمَنِ وهو يُنْكِرُ، فإنْ أقامَ أحدُهما بيِّنةً قُبلَتْ بيِّنَتُه وإنْ أقاما جميعًا البيِّنَةَ فالقولُ قولُ البائعِ عندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ، وهو قولُ أبي حنيفةَ على قياسِ العِلّةِ التي ذَكَرَها محمّدٌ لأبي حنيفةَ رحمه الله في تلك المسألةِ، أمّا عندَ أبي حنيفةَ فظاهرٌ؛ لأنّ بيِّنةَ البائعِ انفرَدَتْ بإثباتِ زيادةٍ وكذلك عندَ محمّدٍ على قياسِ ما ذَكَرَه لأبي حنيفةَ في تلك المسألةِ وأخذ به؛ لأنّ تقديرَ عقدَيْنِ ههنا غيرُ مُمْكِنٍ؛ لأنّ العقدَ وقَعَ على عَرَضٍ بعَيْنِه وإنّما اختَلَفا في قيمةِ ما وقَعَ عليه العقدُ فكان العقدُ واحدًا فلا يُمْكِنُ العمَلُ بالبيِّنَتَيْنِ فيُعْمَلُ بالرّاجِحِ منهما وهو بيِّنةُ البائعِ لانفِرادِها بإظهارِ الفضْلِ، وكذلك عندَ أبي حنيفةَ على قياسِ ما عَلّلَ له محمّدٌ رحمة الله عليهما. وأمّا على قياسِ ما عَلّلَ له أبو يوسُفَ فيَنْبَغي أنْ تكونَ البيِّنةُ بيِّنةَ الشّفيعِ؛ لأنّه هو المُدّعي وهكذا ذَكَرَ الطّحاويُّ رحمه الله واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

---

(١) في المخطوط: «الأول».
(٢) في المخطوط: «مجبر».
(٣) في المخطوط: «الثاني».
(٤) في المخطوط: «هناك».
(٥) ليست في المخطوط.

وَلو هَدَمَ المُشْتَرِي بناءَ الدّارِ حتّى سَقَطَ عن الشّفيعِ قدرُ قيمَتِه من الثّمَنِ ثُمّ اختَلَفا في قيمةِ البناءِ [فهذا لا يَخْلو:

إمّا أنِ اختَلَفا في قيمةِ البناءِ واتّفقا على قيمةِ السّاحةِ، وإمّا أنِ اختَلَفا في قيمةِ البناءِ] (١) والسّاحةِ جميعًا.

فإنِ اختَلَفا في قيمةِ البناءِ لا غيرُ فالقولُ قولُ المُشْتَرِي مع يمينِه؛ لأنّ [٣/ ١٨٥ أ] الشّفيعَ يَدّعي على المُشْتَرِي زيادةً في السُّقوطِ وهو يُنْكِرُ، وإنِ اختَلَفا في قيمةِ البناءِ والسّاحةِ جميعًا فإنّ السّاحةَ تُقَوّمُ السّاعةَ والقولُ في قيمةِ البناءِ قولُ المُشْتَرِي.

أمّا تَقَوُّمُ (٢) السّاحةِ السّاعةَ؛ فلأنّه يُمْكِنُ معرفةُ قيمَتِها للحالِ فيُسْتَدَلُّ بالحالِ على الماضي ولا يُمْكِنُ تَحْكِيمُ الحالِ في البناءِ؛ لأنّه تَغَيّرَ عن حالِه، والقولُ قولُ المُشْتَرِي لما قُلْنا، فإنْ قامَتْ لأحدِهما بيِّنةٌ قُبلَتْ بيِّنَتُه وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ؛ قال أبو يوسُفَ: البيِّنةُ بيِّنةُ الشّفيعِ على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله.

وقال محمد: البيِّنةُ بيِّنةُ المُشْتَرِي على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسُفَ من تِلْقاءِ نفسِه: البيِّنةُ بيِّنةُ المُشْتَرِي؛ لأنّها تُظْهِرُ زيادةً وإنّما اختَلَفا في القياسِ على قولِ أبي حنيفةَ لاختلافِ الطّريقَيْنِ اللّذَيْنِ ذَكَرْناهما له في تلك المسألةِ؛ فطريقُ أبي يوسُفَ أنّ الشّفيعَ هو المُدّعي والبيِّنةُ حُجّةُ المُدّعي، وهذا موجودٌ ههنا وطريقُ محمّدٍ رحمه الله العمَلُ بالبيِّنَتَيْنِ بتقديرِ عقدَيْنِ، وهذا التّقْديرُ مُنْعَدِمٌ هُنا فيُعْمَلُ بإحدَى البيِّنَتَيْنِ وهي بيِّنةُ المُشْتَرِي لانفِرادِها بإظهارِ زيادةٍ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَإنِ اختَلَفا في صِفةِ الثّمَنِ بأنْ قال المُشْتَرِي اشتريْتُ بثَمَنٍ مُعَجّلٍ، وقال الشّفيعُ لا بَلِ اشتريْتَه بثَمَنٍ مُؤَجّلٍ فالقولُ قولُ المُشْتَرِي؛ لأنّ الحُلول في الثّمَنِ أصلٌ والأجَلُ عارِضٌ فالمُشْتَرِي يتمسّكُ بالأصلِ فيكونُ القولُ قوله؛ ولأنّ العاقِدَ أعرَفُ بصِفةِ الثّمَنِ من غيرِه ولأنّ الأجَلَ يَثْبُتُ بالشّرطِ فالشّفيعُ يَدّعي عليه شرطَ التّأجيلِ وهو يُنْكِرُ فكان القولُ قوله.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المبيعِ فهو أنْ يختلِفا فيما وقَعَ عليه البيعُ أنّه وقَعَ عليه بصَفْقةٍ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «تقويم».

واحدةٍ أم بصَفْقَتَيْنِ نحوُ ما إذا اشترى دارًا فقال المُشْتَرِي اشتريْتُ العرْصةَ على حِدةٍ بألفٍ والبناءَ بألفٍ، وقال الشّفيعُ لا بَلِ اشتريْتَهما جميعًا بألفَيْنِ والدّارُ لي ببُنْيانِها، فالقولُ قولُ الشّفيعِ؛ لأنّ إفرادَ كُلِّ واحدٍ منهما بالصّفْقةِ حالةَ الاتّصالِ ليس بمُعْتادٍ بَلِ العادةُ بيعُهما صَفْقةً واحدةً فكان الظّاهرُ شاهدًا للشّفيعِ فكان القولُ قوله؛ ولأنّ سببَ وجوب الشُّفْعةِ في العرْصةِ يقتَضي الوجوبَ في البناءِ تَبَعًا له حالةَ الاتّصالِ، وشرطُ الوجوب هو الشِّراءُ وقد أقَرّ المُشْتَرِي بالشِّراءِ إلاّ أنّه يَدّعي زيادةَ أمرٍ وهو تَفْريقُ الصّفْقةِ فلا يُصَدّقُ إلاّ بتَصْديقِ الشّفيعِ أو ببيّنةٍ ولم توجَدْ، وأيُّهما أقامَ البيِّنةَ [(١)] قُبلَتْ بيِّنَتُه وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ ولم يوَقِّتا وقتًا فالبيِّنةُ بيِّنةُ المُشْتَرِي عندَ أبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ: البيِّنةُ بيِّنةُ الشّفيعِ.

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ بيِّنةَ الشّفيعِ أكثَرُ إثباتًا؛ لأنّها تُثْبتُ زيادةَ استِحْقاقٍ، وهو استِحْقاقُ البناءِ فكانت أولى بالقبولِ؛ ولأنّ العمَلَ بالبيِّنَتَيْنِ ههنا مُمْكِنٌ بأنْ يُجْعَلَ كأنّه باعَهما بصَفْقَتَيْنِ ثُمّ باعَهما بصَفْقةٍ واحدةٍ فكان للشّفيعِ أنْ (يأخذ بأيتهما) [(٢)] شاء.

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ بيِّنةَ المُشْتَرِي أكثَرُ إثباتًا؛ لأنّها تُثْبتُ زيادةَ صَفْقةٍ فكانت أولى بالقبولِ فأبو يوسُفَ نَظَرَ إلى زيادةِ الصّفْقةِ ومحمّدٌ نَظَرَ إلى زيادةِ الاستِحْقاقِ، وقال أبو يوسُفَ: إذا ادّعَى المُشْتَرِي أنّه أحْدَثَ البناءَ في الدّارِ وقال الشّفيعُ لا بَلِ اشتريْتَها والبناءُ فيها - أنّ القول قولُ المُشْتَرِي؛ لأنّه لم يوجدْ من المُشْتَرِي الإقرارُ بشراءِ البناءِ والشّفيعُ يَدّعي عليه استِحْقاقَ البناءِ وهو يُنْكِرُ.

ولو اشترى دارَيْنِ ولهما شَفيعٌ مُلاصِقٌ فقال المُشْتَرِي: اشتريْتُ واحدةً بعدَ واحدةٍ وأنا شريكُكَ في الثّانيةِ، وقال الشّفيعُ: لا بَلِ اشتريْتَهما صَفْقةً واحدةً ولي الشُّفْعةُ فيهما جميعًا، فالقولُ قولُ الشّفيعِ؛ لأنّ سببَ الاستِحْقاقِ ثابتٌ فيهما جميعًا وهو الجِوارُ على سبيلِ المُلاصَقةِ وقد أقَرّ المُشْتَرِي بشرطِ الاستِحْقاقِ وهو شراؤُهما إلاّ أنّه بدَعْوَى تَفْريقِ الصّفْقةِ يَدّعي البُطْلانَ بعدَ وجودِ السّبَب وشرطِه من حيثُ الظّاهر فلا يُصَدّقُ إلاّ ببيِّنةٍ، وأيُّهما أقامَ بيِّنةً قُبلَتْ بيِّنَتُه وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ فهو على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا بين أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله.

[٣/ ١٨٥ ب] ولو قال المُشْتَرِي: وُهِبَ لي هذا البيتُ مع طريقِه من هذه الدّارِ ثُمّ

---

(١) في المخطوط: «بينة».

(٢) في المطبوع: «يأخُذَها بأيِّهما».

اشتريْتُ بقيَّتَها، وقال الشّفيعُ: لا بَلِ اشتريْتَ الكُلّ فلِلشّفيعِ الشُّفْعةُ فيما أقَرّ أنّه اشترى ولا شُفْعةَ له فيما ادّعَى من الهِبةِ؛ لأنّه وُجِدَ سببُ الاستِحْقاقِ وهو الجِوارُ ووُجِدَ شرطُه وهو الشّراءُ بإقرارٍ، فهو بدَعْوَى الهِبةِ يُريدُ بُطْلانَ حقِّ الشّفيعِ فلا يُصَدّقُ، ولِلشّفيعِ الشُّفْعةُ فيما أقَرّ بشرائه ولا شُفْعةَ له في الموهوب؛ [لأنّه لم يوجدْ من المُشْتَري الإقرارُ بشرطِ الاستِحْقاقِ على الموهوب] [١] وأيُّهما أقامَ البيِّنةَ [٢] قُبِلَتْ بيِّنَته، وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ فالبيِّنةُ بيِّنةُ المُشْتَري عندَ أبي يوسُفَ رحمه الله؛ لأنّها تُثْبتُ زيادةَ الهِبةِ، ويَنْبَغي أنْ تكونَ البيِّنةُ بيِّنةَ الشّفيعِ عندَ محمّدٍ رحمه الله؛ لأنّها تُثْبتُ زيادةَ الاستِحْقاقِ.

ورُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله فيمَنِ اشترى دارًا وطَلَبَ الشّفيعُ الشُّفْعةَ فقال المُشْتَري: اشتريْتُ نصفًا ثُمّ نصفًا فلَكَ النّصفُ الأوّلُ، وقال الشّفيعُ: لا بَلِ اشتريْتَ الكُلّ صَفْقةً واحدةً ولِيَ الكُلُّ فالقولُ قولُ الشّفيعِ؛ لأنّ سببَ ثُبوتِ الحقِّ في الكُلِّ كان موجودًا وقد أقَرّ بشرطِ الثُّبوتِ؛ وهو الشّراءُ، ولكنّه يَدّعي أمرًا زائدًا وهو تَفْريقُ الصّفْقةِ فلا يُقْبَلُ ذلك منه إلاّ ببيِّنةٍ، فإنْ قال المُشْتَري: اشتريْتُ رُبُعًا ثُمّ ثلاثةَ أرباعٍ [٣] فلَكَ الرُّبُعُ، فقال الشّفيعُ: لا بَلِ اشتريْتَ ثلاثةَ أرباعٍ [٤] ثُمّ رُبُعًا فالقولُ قولُ الشّفيعِ؛ لأنّ السّبَبَ كان موجودًا وقد أقَرّ المُشْتَري بشراءِ ثلاثةِ أرباعٍ إلاّ أنّه يَدّعي أمرًا زائدًا وهو سَبْقُ الشّراءِ في الرُّبُعِ فلا يَثْبُتُ إلاّ ببيِّنةٍ فإنْ قال المُشْتَري: اشتريْتُ صَفْقةً واحدةً وقال الشّفيعُ: اشتريْتَ نصفًا ثُمّ نصفًا فأنا آخُذُ النّصفَ فالقولُ قولُ المُشْتَري، يأخُذُ [٥] الشّفيعُ الكُلّ أو يَدَعُ؛ لأنّ الشّفيعَ يُريدُ تَفْريقَ الصّفةِ وفيه ضَرَرُ الشّرِكةِ فلا يُقْبَلُ قولُه إلاّ ببيِّنةٍ، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى صِفةِ البيعِ فهو أنْ يختلِفا في البتاتِ والخيارِ (أو في) [٦] الصّحّةِ والفسادِ بأنِ اشترى دارًا بألفِ درهمٍ وتَقابَضا فأرادَ الشّفيعُ أخذَها بالشُّفْعةِ فقال البائعُ والمُشْتَري البيعُ كان بخيارِ البائعِ ولَم يُمْضِ فلا شُفْعةَ لَكَ، وأنْكَرَ الشّفيعُ الخيارَ فالقولُ قولُ البائعِ والمُشْتَري وعلى الشّفيعِ البيِّنةُ أنّ البيعَ كان باتًّا عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بينة».
(٣) في المخطوط: «الأرباع».
(٤) في المخطوط: «الأرباع».
(٥) في المخطوط: «فيأخذ».
(٦) في المخطوط: «و».

رحمهما الله وهو إحدى الرِّوايتيْنِ عن أبي يوسُفَ رحمه الله . ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رِوايةٌ أُخرى أنّ القول قولُ الشّفيعِ .

وَجهُ هذه الرواية: أنّ الظّاهرَ شاهدٌ للشّفيعِ ؛ لأنّ البتاتَ أصلٌ في البيعِ والخيارَ فيه عارِضٌ فكان القولُ قول مَنْ يشهد له الأصل ويتمسك به .

وجهُ ظاهرِ الرواية: أنّ الشّفيعَ يَدّعي ثُبوتَ حقِّ الشُّفْعةِ وهما يُنْكِرانِ ذلك بقولِهما [(١)] كان فيه خيارٌ ؛ لأنّ حقّ الشُّفْعةِ لا يجبُ في بيعٍ فيه خيارٌ فكان القولُ قول المُنْكِرِ ؛ ولأنّ البيعَ يقومُ بالعاقِدَيْنِ فكانا أعرَفَ بصَفْقَتِه من الشّفيعِ ، والرُّجوعُ في كُلِّ بابٍ إلى مَنْ هو أعرَفُ به ، ولهذا لو تَصادَقا على أنّ الثّمَنَ كان دَنانيرَ والشّفيعُ يَدّعي أنّه كان دراهمَ كان القولُ قولهما ، كذا هذا .

ولو كان البائعُ غائبًا والدّارُ في يَدِ المُشْتَري فأرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَ منه فقال المُشْتَري : كان للبائعِ فيه خيارٌ وكذّبَه الشّفيعُ فالقولُ قولُ المُشْتَري أيضًا لما ذَكَرْنا من المعنَيَيْنِ .

وإنِ اختلف العاقِدانِ فيما بينهما فادّعَى البائعُ الخيارَ وقال المُشْتَري : لم يكنْ فيه خيارٌ كان القولُ قول المُشْتَري ويأخُذُ الشّفيعُ الدّارَ في الرِّوايةِ المشْهورةِ ، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّ القول قولُ البائعِ .

وَجهُ هذه الرواية: أنّ البائعَ بدَعْوَى الخيارِ (مُنْكِرٌ للبيعِ) [(٢)] حقيقةً ؛ لأنّ البيعَ بشرطِ الخيارِ غيرُ مُنعَقِدٍ في حقِّ الحُكمِ ، وخيارُ البائعِ [(٣)] يمْنَعُ زوالَ المبيعِ عن ملكِه والمُشْتَري والشّفيعُ يَدّعيانِ الزّوالَ عن ملكِه فكان القولُ قول البائعِ ، كما لو وقَعَ الاختلافُ بينهم في أصلِ العقدِ .

وجهُ ظاهرِ الرواية: أنّ الخيارَ لا يَثْبُتُ إلاّ باشتِراطِهما فالبائعُ بدَعْوَى الخيارِ يَدّعي الاشتِراطَ على المُشْتَري وهو يُنْكِرُ فكان القولُ قوله كما لو ادّعَى المُشْتَري الشِّراءَ بثَمَنٍ مُؤَجّلٍ [٣/ ١٨٦ أ] وادّعَى البائعُ التّعْجيلَ فالقولُ [(٤)] قولُ البائعِ لما أنّ التّأجيلَ لا يَثْبُتُ إلاّ بشرطٍ يوجدُ من البائعِ ، وهو (مُنْكِرٌ للشّرطِ) [(٥)] ، فكان القولُ قوله ، كذا هذا بخلافِ ما

---

(١) في المخطوط : «فان القول قولهما» .
(٢) في المخطوط : «ينكر البيع» .
(٣) في المخطوط : «البيع» .
(٤) في المخطوط : «فكان القول» .
(٥) في المخطوط : «ينكر الاشتراط» .

لو أنْكَرَ البائعُ البيعَ والمُشْتَرِي يَدّعيه أنّ القول قولُ البائعِ لأنّه أنْكَرَ زوالَ ملكِه ولم يَدّعِ على المُشْتَرِي فعلاً فكان القولُ قوله.

ولو أرادَ الشّفيعُ أنْ يأخُذَ الدّارَ المُشْتَراةَ بالشُّفْعةِ فقال البائعُ والمُشْتَري كان البيعُ فاسِدًا فلا شُفْعةَ لَكَ، وقال الشّفيعُ كان جائزًا وليَ الشُّفْعةُ فهو على اختلافِهم في شرطِ الخيارِ للبائعِ؛ في [١] قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وإحدَى الرّوايتيْنِ عن أبي يوسُفَ: القولُ قولُ العاقِدَيْنِ ولا شُفْعةَ للشّفيعِ.

وفي رِوايةٍ عن أبي يوسُفَ: القولُ قولُ الشّفيعِ وله الشُّفْعةُ، فأبو يوسُفَ يعتَبرُ الاختلافَ بينهم في الصّحّةِ والفسادِ باختلافِ المُتَعاقِدَيْنِ [٢] فيما بينهما، ولو اختَلَفا فيما بينهما في الصّحّةِ والفسادِ كان القولُ قول مَنْ يَدّعي الصّحّةَ، كذا هذا، والجامِعُ أنّ الصّحّةَ أصلٌ في العقدِ، والفسادَ عارِضٌ وهما يعتَبرانِ اختلافَهم في هذا باختلافِهم في البتاتِ والخيارِ للبائعِ، والجامِعُ أنّ الشّفيعَ بدَعْوَى البتاتِ والصّحّةِ يَدّعي عليهما حقّ التّمْليكِ [٣] وهما بدَعْوَى الخيارِ والفسادِ يُنْكِرانِ ذلك فكان القولُ قولهما، وكذا هما أعرَفُ بصِفةِ العقدِ الواقعِ منهما لقيامِه بهما فكان القولُ في ذلك قولهما، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

فصلٌ [في حكم الحيلة في الشفعة]

وأمّا بيانُ الحيلةِ في إسقاطِ الشُّفْعةِ، فقد ذَكَروا [٤] لإسقاطِ الشُّفْعةِ حيَلاً بعضُها يَعُمُّ الشُّفَعاءَ كُلّهم، وبعضُها يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ.

أمّا الذي يَعُمُّ كُلّ الشُّفَعاءِ فنحوَ [٥] أنْ يشتريَ الدّارَ بأكثَرَ من قيمَتِها [٦] بأنْ كانت قيمَتُها ألفًا فيشتريها بألفَيْنِ ويَنْقُدَ من الثّمَنِ ألفًا إلاّ عشرةً ثُمّ يبيعَ المُشْتَرِي من البائعِ عَرَضًا قيمَتُه عشرةٌ بألفِ درهمٍ وعشرةٍ فتَحْصُلُ الدّارُ للمُشْتَرِي بألفٍ [و] [٧] لا يأخُذُها الشّفيعُ إلاّ بألفَيْنِ، وهذه الحيلةُ ليستْ بمُسْقِطةٍ للشُّفْعةِ شرعًا لكنّها مانِعةٌ من الأخذِ بالشُّفْعةِ عادةً ألا تَرَى أنّ للشّفيعِ أنْ يأخُذَها بألفَيْنِ ويَلْتَزِمَ الضّرَرَ.

---

(١) في المخطوط: «على».
(٢) في المخطوط: «العاقدين».
(٣) في المخطوط: «التملك».
(٤) في المخطوط: «ذكرنا».
(٥) في المخطوط: «فهو».
(٦) في المخطوط: «ثمنها».
(٧) زيادة من المخطوط.

وأمّا الذي يَخُصُّ بعضَ الشُّفَعاءِ دونَ بعضٍ فأنواعٌ:

منها: (أنْ يَبيعَ دارًا إلاّ ذِراعًا منها) [١] في طولِ الحدِّ الذي يَلي دارَ الشّفيعِ، فالشّفيعُ لا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ؛ أمّا في قدرِ الذِّراع فلِانعِدامِ الشّرطِ وهو البيعُ وأمّا فيما وراءَ [٢] ذلك فلِانعِدامِ السّبَب وهو الجِوارُ.

ومنها: أنْ يَهَبَ البائعُ الحائطَ الذي بينه وبين الجارِ مع أصلِه للمُشْتَري مقسومًا ويُسَلِّمه [إليه] [٣] أو يَهَبَ له من الأرضِ قدرَ ذِراعٍ من الجانِب الذي يَلي دارَ الشّفيعِ ويُسَلِّمَه إليه ثُمّ يَبيعَ منه البقيّةَ بالثّمَنِ فلا شُفْعةَ للجارِ لا في الموهوب ولا في المبيعِ:

أمّا في الموهوب فلِانعِدامِ شرطِ وجوب الشُّفْعةِ - وهو البيعُ -.

وأمّا في المبيعِ فلِانعِدامِ سبب الوجوب وهو الجِوارُ.

ومنها: أنْ يَبيعَ الدّارَ نصفَيْنِ فيَبيعَ الحائطَ بأصلِه أوّلاً بثَمَنٍ كثيرٍ ثُمّ يَبيعَ بقيّةَ الدّارِ بثَمَنٍ قَليلٍ فلا شُفْعةَ للشّفيعِ شرعًا فيما وراءَ الحائطِ لانعِدامِ السّبَب وهو الجِوارُ ولا يأخُذُ الحائطَ عادةً لكَثْرةِ الثّمَنِ.

ومنها: أنْ يَبيعَ الدّارَ والأرضَ في صَفْقَتَيْنِ فيَبيعَ من الدّارِ بناها ومن الأرضِ أشجارَها أوّلاً بثَمَنٍ قَليلٍ ثُمّ يَبيعُ الأرضَ بثَمَنٍ كثيرٍ فلا شُفْعةَ للشّفيعِ في البناءِ والشّجَرِ شرعًا لانفِرادِهما بالصّفْقةِ، ولا يأخُذُ الأرضَ بذلك الثّمَنِ عادةً ليَضْمَنَ تكثيرَ الثّمَنِ.

ومنها: أنْ يَبيعَ الدّارَ نصفَيْنِ فيَبيعُ عُشْرًا منها بثَمَنٍ كثيرٍ ثُمّ يَبيعَ البقيّةَ بثَمَنٍ قَليلٍ فلا يأخُذُ الشّفيعُ العُشْرَ بثَمَنِه عادةً لما فيه من الضّرَرِ، ولا شُفْعةَ له في تِسْعةِ أعشارِها [٤] شرعًا لأنّه حين اشترى البقيّةَ كان شريكَ البائعِ بالعُشْرِ، والشّريكُ في البُقْعةِ [٥] مُقَدّمٌ على الجارِ والخليطِ، وهذا النّوعُ من الحيلةِ لا يَصْلُحُ للشّريكِ؛ لأنّ الشّفيعَ إذا كان شريكًا له أنْ يأخُذَ نصفَ البُقْعةِ [٦] بقَليلِ الثّمَنِ أيضًا؛ ولو كانتِ الدّارُ لصَغيرٍ فلا تُباعُ بقيّةُ الدّارِ بقَليلِ الثّمَنِ لأنّه لا يجوزُ إذْ هو بيعُ مالِ الصّغيرِ بأقَلّ من قيمَتِه مِقْدارُ ما يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه

---

(١) في المخطوط: «بيع دار إلا ذراعًا بينهما».

(٢) في المخطوط: «دون».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «الأعشار».

(٥) في المخطوط: «المبيع».

(٦) في المخطوط: «البقية».

[٣/ ١٨٦ ب] عادةً. والوليُّ لا يملِكُ ذلك فالسّبيلُ فيه أنْ تُباعَ بقيّةُ الدّارِ بثَمَنٍ مثلِه.

ومنها ما ذَكَرَه الخصّافُ رحمه الله: أنْ يُقِرّ البائعُ بسَهْمٍ من الدّارِ للمُشْتَري ثُمّ يَبيعَ بقيّةَ الدّارِ منه فلا يَسْتَحِقُّ الشّفيعُ الشُّفْعةَ، أمّا في القدرِ المُقَرِّ به فلانعِدام شرطِ الاستِحْقاقِ وهو البيعُ، وأمّا فيما وراءَ ذلك؛ فلأنّ المُشْتَرِيَ صار شريكَ البائعِ في ذلك السّهْمِ، والشّريكُ في البُقْعةِ مُقَدّمٌ على الجارِ والخليطِ.

ومن مَشايِخِنا مَنْ كان يُفْتي بوجوب الشُّفْعةِ في هذه الصّورةِ ويُخَطِّئُ الخصّافَ؛ لأنّ الشّرِكةَ في السّهْمِ المُقَرِّ به لم تَثْبُتْ إلاّ بإقراره فلا يَظْهَرُ في حقِّ الشّفيعِ على ما بيّنّا فيما تَقَدّمَ والله عزّ وجَلّ أعلَمُ.

فصلٌ [في كراهةِ الحيلةِ]

وأمّا الكلامُ في كراهةِ الحيلةِ للإسقاطِ وعَدَمِها: فالحيلةُ إمّا أنْ كانت بعدَ وجوب الشُّفْعةِ وإمّا أنْ كانت قبل الوجوب؛ فإنْ كانت بعدَ الوجوب قِيلَ إنّها مَكروهةٌ بلا خلافٍ وذلك بأنْ يقول المُشْتَري للشّفيعِ صالَحْتُكَ على كذا كذا درهمًا على أنْ تُسَلِّمَ لي شُفْعَتَكَ فيقبَلَ فتَبْطُلَ شُفْعَتُه ولا يَسْتَحِقّ بَدَلَ الصُّلْحِ، أو يقول له اشتَرِ الدّارَ مِنّي بكذا فيقول اشتريْتُ فتَبْطُلَ شُفْعَتُه ونحوُ ذلك، وإنْ كانت قبل الوجوب فقد اختُلِفَ فيه قال أبو يوسُفَ رحمه الله لا تُكرَه، وقال محمّدٌ رحمه الله تُكرَه.

وَجْهُ قولِ محمّدٍ: أنّ شرعَ الحيلةِ يُؤَدّي إلى سَدِّ باب الشُّفْعةِ وفيه إبْطالُ هذا الحقِّ أصلاً ورأسًا.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ الحيلةَ قبل الوجوب مَنْعٌ من الوجوب بمُباشرةِ سبب الامتِناعِ شرعًا وهذا جائزٌ كالشّراءِ والهِبةِ وسائرِ التّمْليكاتِ فإنّ المُشْتَرِيَ [1] يمْنَعُ حُدوثَ الملكِ للبائعِ في المبيعِ بمُباشرةِ سبب الامتِناعِ شرعًا [وهو الشّراءُ] [2]، وكذا الهِبةُ والصّدَقةُ وسائرُ [3] التّمْليكاتِ.

وقد خُرِّجَ الجوابُ عن قولِ محمّدٍ رحمه الله أنّ هذا إبْطالٌ لحقِّ الشُّفْعةِ؛ لأنّ إبْطالَ

(١) في المخطوط: «الشراء».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في».

الشّيءِ بعدَ ثُبوتِه ضَرَرٌ [١] والحقُّ ههنا لم يَثْبُتْ بعدَ ذلك فلا تكونُ الحيلةُ إبْطالاً له بل هو [٢] مَنْعٌ من الثُّبوتِ بمُباشرةِ سبب الامتِناعِ شرعًا وأنّه جائزٌ، فما ذَكَرَه أبو يوسُفَ رحمه الله هو الحُكمُ المرويُّ وما ذَكَرَه محمّدٌ رحمه الله احتياطًا والأصلُ في شرعِ الحيلةِ قولُه سبحانه وتعالى في قِصّةِ سَيِّدِنا أيّوبَ عليه الصلاة والسلام: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص:٤٤] واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «يكون».
(٢) في المخطوط: «هي».



كتاب الذبائح والصيود



كتاب الذبائح والصيود

نحتاجُ في هذا الكِتاب إلى بيانِ المأكولِ وغيرِ المأكولِ من الحيَواناتِ.

وإلى بيانِ المكروه منها.

وإلى بيانِ شرائطِ حِلِّ الأكلِ في المأكولِ.

وإلى بيانِ ما يَحْرُمُ أكلُه من أجزاءِ الحيَوانِ المأكولِ.

أمّا الأوّلُ فالحيَوانُ في الأصلِ نوعانِ:

نوعٌ يَعيشُ في البحْرِ، ونوعٌ يَعيشُ في البرِّ أمّا الذي يَعيشُ في البحْرِ فجميعُ ما في البحْرِ [من الحيَوانِ] (١) مُحَرّمُ الأكلِ إلاّ السّمَكَ خاصّةً فإنّه يَحِلُّ أكلُه إلاّ ما طَفا منه وهذا قولُ أصحابنا رضي الله عنهم (٢).

وقال بعضُ الفقهاءِ وابنُ أبي لَيْلى رحمهم الله: إنّه يَحِلُّ أكلُ ما سِوَى السّمَكِ من الضُّفْدَعِ، والسّرَطانِ، وحَيّةِ الماءِ وكلبه وخِنْزيرِه، ونحوِ ذلك لكنْ بالذّكاةِ، وهو قولُ الليثِ بنِ سَعْدٍ رحمه الله إلاّ في إنسانِ الماءِ وخِنْزيرِه أنّه لا يَحِلُّ.

وقال الشافعيُّ رحمه الله: يَحِلُّ جميعُ ذلك من غيرِ ذَكاةٍ وأخذُه ذَكاتُه، ويَحِلُّ أكلُ السّمَكِ الطّافي (٣).

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (٩/ ٥٠٣)، مختصر القدوري (ص ٩٩)، المبسوط (١١/ ٢٤٧)، رؤوس المسائل (ص ١٤٣)، الاختيار (٥/ ١٥)، البناية (١٠/ ٧٢٦).

(٣) مذهب الشافعية: أن ما يعيش في الماء كالسمك بأنواعه، حلال الأكل، ولا حاجة إلى ذبحه، سواء مات بسبب ظاهر كضغطة أو صدمة، أو انحسار الماء أو ضرب من الصياد أو مات حتف أنفه، وأما ما ليس على صورة السمك المشهورة، ففيه ثلاثة أوجه:

أولها: يحل مطلقًا وهو الصحيح.

الثاني: يحرم.

والثالث: ما يؤكل نظيره في البر، كالبقر والشاة حلال وما لا يؤكل نظيره كالخنزير في الماء فحرام.

انظر: الوسيط (٧/ ١٠٣)، الروضة (٣/ ٢٧٤- ٢٧٥).

أمّا الكلامُ في المسألةِ الأولى: فهم احتجّوا بظاهرِ قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] واسمُ الصّيْدِ يقعُ على ما سِوَى السّمَكِ من حَيَوانِ البحْرِ فيقتَضي أنْ يكونَ الكُلُّ حَلالاً، وبقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام حين سُئِلَ عن البحْرِ فقال: «هو الطّهورُ ماؤُه والحِلُّ مَيْتَتُه» (١) وصَفَ مَيْتَةَ البحْرِ بالحِلِّ من غيرِ فصلٍ بين السّمَكِ وغيرِه.

ولنا: قولُه تَبارَكَ وتعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣] من غيرِ فصلٍ بين البرّيِّ والبحْريِّ، وقولُه عَزّ شأنُه: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] والضُّفْدَعُ والسّرَطانُ والحيّةُ ونحوُها من الخبائثِ.

ورُوِيَ أن (٢) رسولَ اللّه ﷺ سُئِلَ عن ضُفْدَعٍ يُجْعَلُ شَحمُه في الدّواءِ، فنَهَى عليه الصلاة والسلام عن قَتْلِ الضّفادِعِ (٣) وذلك نَهْيٌ عن أكلِه.

ورُوِيَ أنّه لَمّا سُئِلَ عنه فقال عليه الصلاة والسلام: «خَبيثةٌ من الخبائثِ» (٤) ولا حُجّةَ لهم في الآيةِ؛ لأنّ المُرادَ من الصّيْدِ المذكورِ هو فعلُ الصّيْدِ وهو الاصْطيادُ؛ لأنّه هو الصّيْدُ حقيقةً لا المَصِيدُ؛ لأنّه مَفْعولُ فعلِ الصّيْدِ، وإطلاقُ اسمِ الفعلِ [على المفعول] يكونُ مَجازًا ولا يجوزُ العُدولُ عن حقيقةِ اللّفْظِ من غيرِ دَليلٍ؛ ولأنّ الصّيْدَ اسمٌ لما يتوَحّشُ ويمْتَنِعُ ولا يُمْكِنُ أخذُه إلاّ بحيلةٍ إمّا لطَيَرانِه أو لعَدْوِه وهذا إنّما يكونُ حالةَ الاصْطيادِ لا بعدَ الأخذِ؛ لأنّه صار لَحمًا بعدَه ولم يَبْقَ صَيْدًا حقيقةً لانعِدامِ معنى الصّيْدِ وهو التّوَحُّشُ والامتِناعُ.

والدّليلُ عليه: أنّه عُطِفَ عليه قولُه عَزّ شأنُه: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] [٢/ ٢٧٦ ب] والمُرادُ منه الاصْطيادُ من المُحْرِمِ لا أكلُ الصّيْدِ؛ لأنّ ذلك مُباحٌ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المطبوع: «عن».

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب في قتل الضفدع، برقم (٥٢٦٩)، وابن أبي شيبة (٥/ ٦٢) برقم (٢٣٧٠٩)، والنسائي، برقم (٣٢٥٥)، وعبد بن حميد في «مسنده» (ص١٢٩) برقم (٣١٣)، وابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٣٦٩) برقم (١٩٧٠) من حديث عبد الرحمن بن عثمان به. والحديث صححه الألباني في «صحيح الجامع الصغير» برقم (٦٩٧١).

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب في أكل حشرات الأرض، برقم (٣٧٩٨)، والبيهقي (٩/ ٣٢٦)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١٥/ ١٨١)، وابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٣٦٨) برقم (١٩٦٨)، والمزي في «تهذيب الكمال» (٢٣/ ٥٢) من حديث أبي هريرة. والحديث ضعفه الألباني في «ضعيف سنن أبي داود» (ص٣٧٤) برقم (٨١٤).

للمُحْرِمِ إذا لم يصْطَدْه بنفسِه ولا غيرِه بأمرِه فثبَتَ أنّه لا دَليلَ في الآيةِ على إباحةِ الأكلِ بل خرجتْ للفَصْلِ بين الاصْطيادِ في البحْرِ وبين الاصْطيادِ في البرِّ للمُحْرِمِ، والمُرادُ من قولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام والحِلُّ مَيْتَتُه السّمَكُ خاصّةً (بدَليلِ قولِه) [١] ﷺ: «أُحِلّتْ لَنا مَيْتَتانِ ودَمانِ: المَيْتَتانِ السّمَكُ والجرادُ، والدّمانِ الكبدُ والطِّحالُ» [٢] فسّرَ عليه الصلاة والسلام بالسّمَكِ والجرادِ فدَلّ أنّ المُرادَ منها السّمَكُ ويُحمَلُ الحديثُ على السّمَكِ وتخصيصِه بما تَلونا من الآيةِ ورَوَيْنا من الخبَرِ.

وأمّا المسألةُ الثانيةُ: وهي مسألةُ السمك الطّافي فالشّافعيُّ رحمه الله احتجّ بقولِه تعالى: ﴿وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ﴾ [المائدة :٩٦] معطوفًا على قولِه: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة :٩٦] أي: أُحِلَّ لكم صيد البحر و أُحِلّ لَكُم طعامُه وهذا يتناوَلُ ما صيدَ منه وما لم يُصَدْ والطّافي لم يُصَدْ فيتناوَلُه بقولِه عليه الصلاة والسلام في صِفةِ البحْرِ: «هو الطّهورُ ماؤه والحِلُّ مَيْتَتُه» [٣] وأحقُّ ما يتناوَلُه اسمُ الميْتةِ الطّافي؛ لأنّه [هو] [٤] الميّتُ حقيقةً وبقولِه عليه الصلاة والسلام: «أُحِلّتْ لنا مَيْتَتانِ ودَمانِ الميْتَتانِ السّمَكُ والجرادُ والدمان: الكبد والطحال» [٥] [فسّرَ النّبيُّ عليه الصلاة والسلام] [٦] الميْتةَ بالسّمَكِ من غيرِ فصلٍ بين الطّافي وغيرِه.

ولنا: ما رُوِيَ عن جابرِ بنِ عبدِ اللّه الأنْصاريِّ رضي الله عنه عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه نَهَى عن أكلِ الطّافي [٧].

وعن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: لا تَبيعوا في أسواقنا الطّافيَ.

وعن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: ما دَسَرَه البحْرُ فكُلْه وما وجَدْتَه يَطْفو [٨] على الماءِ فلا تَأكُلْه [٩].

---

(١) في المخطوط: «لقوله».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) أخرج نحوه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب في أكل الطافي من السمك، وابن ماجه (٣٢٤٧) من حديث جابر بن عبد الله. وضعفه الألباني.
(٨) في المخطوط: «طافيًا».
(٩) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة (٤/ ٢٤٨)، كتاب الصيد، باب في الطافي، برقم (١٩٧٤٩).

وأمّا الآيةُ فلا حُجّةَ له فيها؛ لأنّ المُرادَ من قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُهُ﴾ [المائدة:٩٦] ما قَذَفَه البحْرُ إلى الشّطّ فمات كذا قال أهلُ التّأويلِ وذلك حَلالٌ عندَنا؛ لأنّه ليس بطافٍ إنّما الطّافي اسمٌ لما مات في الماءِ من غيرِ آفةٍ وسببٍ حادِثٍ، وهذا مات بسببٍ حادِثٍ وهو قَذْفُ البحْرِ فلا يكونُ طافيًا.

والمُرادُ من الحديثَيْنِ غيرُ الطّافي لما ذَكَرْنا ثُمّ السّمَكُ الطّافي الذي لا يَحِلُّ أكلُه عندنا هو الذي يموتُ في الماءِ حَتْفَ أنْفِه بغيرِ [1] سببٍ حادِثٍ [منه سَواءٌ عَلا على وجه الماءِ أو لم يعلُ بعدَ أنْ مات في الماءِ حَتْفَ أنْفِه من غيرِ سببٍ حادِثٍ] [2].

وقال بعضُ مَشايِخِنا: هو الذي يموتُ في الماءِ بسببٍ حادِثٍ ويعلو على وجه الماءِ فإنْ لم يعلُ يَحِلُّ.

والصّحيحُ هو الحدُّ الأوّلُ وتَسْميَتُه طافيًا لعُلوّه على وجه الماءِ عادةً.

ورَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ رحمهما الله في السّمَكِ إذا كان بعضُها في الماءِ وبعضُها على الأرضِ إنْ كان رأسُها على الأرضِ أُكِلَتْ وإنْ كان رأسُها أو أكثَرُه في الماءِ لم تُؤْكل؛ لأنّ رأسَها موضِعُ نَفَسِها فإذا كان خارِجًا من الماءِ فالظّاهرُ أنّه مات بسببٍ حادِثٍ وإذا كان في الماءِ أو أكثَرُه فالظّاهرُ أنّه مات في الماءِ بغيرِ سببٍ، وقالوا في سَمَكةٍ ابتَلَعَتْ سَمَكةً أُخرى: أنّها تُؤْكَلُ؛ لأنّها ماتتْ بسببٍ حادِثٍ.

ولو مات من الحرِّ والبرْدِ وكَدَرِ الماءِ ففيه رِوايَتانِ:

في رِوايةٍ: لا يُؤْكَلُ؛ لأنّ الحرّ والبرْدَ وكَدَرَ الماءِ ليس من أسباب الموتِ ظاهرًا فلم يوجدِ الموتُ بسببٍ حادِثٍ يوجِبُ الموتَ ظاهرًا أو غالبًا فلا يُؤْكَلُ.

وفي رِوايةٍ: يُؤْكَلُ؛ لأنّ هذه أسبابُ الموتِ في الجملةِ فقد وُجِدَ الموتُ بسببٍ حادِثٍ فلم يكنْ طافيًا فيُؤْكَلُ ويَسْتَوي في حِلِّ الأكلِ جميعُ أنواعِ السّمَكِ من الجِرّيثِ والمارْماهيِّ وغيرِهما؛ لأنّ ما ذَكَرْنا من الدّلائلِ في إباحةِ السّمَكِ لا يَفْصِلُ بين سَمَكٍ وسَمَكٍ إلاّ ما خُصّ بدَليلٍ.

---

(١) في المخطوط: «من غير».
(٢) ليست في المخطوط.

وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ وابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما إباحةُ الجِرّيثِ (والسَّمَكِ الذَّكَرِ) [(١)] ولم يُنْقَلْ عن غيرِهما خلافُ ذلك فيكونُ إجماعًا.

وأمّا الذي يَعيشُ في البرِّ فأنواعٌ ثلاثةٌ:

ما ليس له دَمٌ أصلاً، وما ليس له دَمٌ سائلٌ، وما له دَمٌ سائلٌ.

فما لا دم له رأسًا مثلُ الجرادِ والزُّنْبورِ والذُّباب والعنكَبوتِ والعضّابةِ والخُنْفُساءِ والبُغاثةِ [(٢)] والعقرَب ونحوِها، لا يَحِلُّ أكلُه إلاّ الجرادَ خاصّةً؛ لأنّها من الخبائثِ لاستِبْعادِ [(٣)] الطِّباعِ السّليمةِ إيّاها وقد قال اللّه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] إلاّ أنّ الجرادَ خُصّ من هذه الجملةِ بقولِه عليه الصلاة والسلام: «أُحِلّتْ لَنا مَيتَتانِ...» [(٤)] فبقيَ [الثاني] [(٥)] على ظاهرِ العُمومِ.

وَكذلك ما ليس له دَمٌ سائلٌ مثلُ الحيّةِ والوزَغِ وسامِّ أبْرَصَ [(٦)] وجميعِ الحشراتِ وهَوامِّ الأرضِ من الفأرِ والقُرادِ [(٧)] والقنافِذِ والضّبِّ واليرْبوعِ وابنِ عِرْسٍ ونحوِها، ولا خلافَ في حُرْمةِ [(٨)] هذه الأشياءِ [(٩)] إلاّ في الضّبِّ فإنّه حَلالٌ عندَ الشّافعيِّ [(١٠)].

واحتَجّ بما رَوَى ابنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: «أكلت على مائدةِ رسولِ اللّه ﷺ لَحمَ ضَبٍّ» [(١١)].

---

(١) في المخطوط: «الذكر من السمك».
(٢) البغاثة: الضعيف من الطير. انظر: اللسان (٢/ ١١٨).
(٣) في المخطوط: «لاستقذار».
(٤) سبق تخريجه.
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) سام أبرص: من كبار الوزغ، انظر: مختار الصحاح (١/ ٢٠).
(٧) في المخطوط: «الجرذ».
(٨) في المخطوط: «الجملة».
(٩) في المخطوط: «الجرذ».
(١٠) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (٩/ ٥٠٠)، الاختيار (٥/ ١٥)، البناية (١٠/ ٧٠٢-٧٠٣).
ومذهب الشافعية: أنه يحل أكل الضب والضبع والثعلب والأرنب واليربوع. انظر: الوسيط (٧/ ١٥٨)، الروضة (٣/ ٢٧٢).
(١١) أخرجه البخاري، كتاب الأطعمة، باب ما كان النبي ﷺ لا يأكل حتى يسمى له فيعلم ما هو، برقم (٥٠٨٥)، ومسلم، برقم (١٩٤٦)، وأبو داود، برقم (٣٧٩٤)، والنسائي برقم (٤٣١٦)، ومالك، برقم (١٧٣٨) من حديث ابن عباس عن خالد بن الوليد رضي الله عنهم.

وعن ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنهما ١/ ٢٧٧ أ] عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**إنّه لم يكنْ بأرضِ قَوْمي فأجِدُ نفسي تَعافُه فلا آكُلُه ولا أُحَرِّمُه**»[(١)] وهذا نصٌّ على عَدَمِ الحُرْمةِ الشّرعيّةِ وإشارةٌ إلى الكراهةِ الطّبيعيّةِ.

ولنا قولُه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] والضّبُّ من الخبائثِ.

ورُوِيَ عن [سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها، أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام أُهْديَ إليه لَحمُ ضَبٍّ فامتَنَعَ أنْ يأكلَه، فجاءَتْ سائلةٌ فأرادَتْ سَيِّدَتُنا عائشةُ رضي الله عنها أنْ تُطْعِمَها إيّاه، فقال لها رسولُ اللّه ﷺ: «**أتُطْعِمينَ ما لا تَأكُلينَ؟**»[(٢)]. ولا يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ امتِناعُه لما أنّ نفسَه الشّريفةَ عافَتْه؛ لأنّه لو كان كذلك لَما مَنَعَ من التّصَدُّقِ به كشاةِ الأنْصارِ إنّه لَمّا امتَنَعَ من أكلِها أمر بالتّصَدُّقِ بها؛ ولأنّ الضّبّ من جملةِ المُسوخِ والمُسوخُ مُحَرّمةٌ كالدُّبِّ والقِرْدِ والفيلِ فيما قِيلَ.

والدّليلُ عليه ما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ سُئِلَ عن الضّبِّ فقال ﷺ: «**إنّ أُمّةً مُسِخَتْ في الأرضِ وإنّي أخافُ أنْ يكونَ هذا منها**»[(٣)]، وهكذا رُوِيَ عن بعضِ أصحاب رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: كُنّا في بعضِ المغازي فأصابَتْنا مَجاعةٌ فنزَلْنا في أرضٍ كثيرةِ الضّباب فنصَبنا القُدورَ، وكانتِ القُدورُ تَغْلي إذْ جاءَ النّبيُّ ﷺ فقال: «**ما هذا؟**»، قُلْنا: الضّبُّ يا رسولَ اللّه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**إنّ أُمّةً مُسِخَتْ فأخافُ أنْ يكونَ هذا منها**»[(٤)] فأمر

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الأطعمة، باب ما كان النبي ﷺ لا يأكل حتى يسمى له فيعلم ما هو، برقم (٥٥٣٧)، ومسلم، برقم (١٩٤٥)، وأبو داود، برقم (٣٧٩٤)، والترمذي، برقم (١٥٤٢)، والنسائي، برقم (٤٣١٦)، والدارمي، برقم (٢٠١٧) من حديث خالد بن الوليد رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو حنيفة (٢/ ٢٣٨) شرحه للقاري، كتاب الأطعمة، باب: في بيان أكل الضب.

(٣) أخرجه النسائي، كتاب الفرع والعتيرة، باب: الضب، برقم (٤٣٢١، ٤٣٢٢)، وابن أبي شيبة (٥/ ١٢٣) برقم (٢٤٣٤٤)، والطبراني في «الكبير» (٢/ ٨٠، ٨١)، برقم (١٣٦٣-١٣٦٧)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (٢/ ١٧٠)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٩٨)، والبيهقي (٩/ ٣٢٥)، وأبو نعيم في الحلية (١/ ٣٢٥)، وابن قانع في «معجم الصحابة» (١/ ١٢٧)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (١/ ٣٩٥)، والمزي في «تهذيب الكمال» (٤/ ٣٨٢- ٣٨٣) من حديث ثابت بن وديعة، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير» برقم (٢٠٠٤).

(٤) أخرجه أحمد (١٧٣٠٣)، وابن حبان (١٢/ ٧٣) برقم (٥٢٦٦)، وأبو يعلى (٢/ ٢٣١) برقم (٩٣١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٩٧)، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٣٧): رواه أحمد والطبراني في الكبير وأبو يعلى والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح.

بإكفاء [١] القُدورِ.

وما رُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما [فهو مبيح] [٢] وما رَوَيْنا [فهو] [٣] حاظر [٤] والعمَلُ بالحاظر [٥] أولى.

وما له دَمٌ سائلٌ نوعانِ: مُسْتَأنسٌ ومُسْتَوْحِشٌ.

أمّا المُستَأنسُ من البهائمِ فنحوُ [٦]: الإبلِ والبقَرِ والغنَمِ بالإجماعِ، وبقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [النحل: ٥]، وقولِه سبحانه وتعالى: ﴿ٱللَّهُ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَنْعَٰمَ لِتَرْكَبُوا۟ مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [غافر: ٧٩] واسمُ الأنْعامِ يقعُ على هذه الحيَواناتِ بلا خلافٍ بين أهلِ اللُّغةِ، ولا تَحِلُّ البغالُ والحميرُ عندَ عامّةِ العلماءِ - رَحِمَهم اللّه تعالى - [٧].

وحُكِيَ عن بشْرٍ المريسيِّ رحمه الله أنّه قال: لا بَأسَ بأكلِ الحِمارِ واحتجّ بظاهرِ قولِه عزّ وجلّ: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ ﴿١٤٥﴾﴾ [الأنعام: ١٤٥] ولم يَذْكُرِ الحميرَ [٨] الإنسيّةَ.

وروِيَ: أنّ رجلاً جاءَ إلى النّبيِّ عليه الصلاة والسلام وقال: إنّه فنيَ مالي ولم يَبْقَ لي إلاّ الحُمُرُ الأهليّةُ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**كُلْ من سَمينِ مالِكَ فإنّي إنّما كُنت نَهيْتُكم عن جَلّالِ القريةِ**» [٩]، ورُوِيَ: «**عن جَوالّ القُرَى**» بتَشْديدِ اللاّمِ، ورُوِيَ: «**فإنّما قَذِرْتُ لَكُم جالةُ القريةِ**».

---

(١) في المطبوع: «بإلقاء».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المطبوع: «خاطِرٌ».
(٥) في المطبوع: «بالخاطِرِ».
(٦) في المخطوط: «فيحلّ».
(٧) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٤/ ١٤٥٧).
وفي بيان مذهب الشافعية: أنه يحل أكل الحمار الوحشي والخيل، والمتولد بينهما. انظر: الأم (٢/ ٢٥١)، الوسيط (٧/ ١٦٠)، الوجيز (٢/ ٢١٥)، التنبيه (ص٦٠)، الروضة (٣/ ٢٧١)، المنهاج (ص١٤٣).
ومذهب المالكية: أن أكل الحمير والبغال حرام. انظر: المعونة (٢/ ٥١١).
(٨) في المخطوط: «الحمر».
(٩) أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب في أكل لحوم الحمر الأهلية، برقم (٣٨٠٩)، والطيالسي

ولنا قولُه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل :٨] ، وسَنَذْكُرُ وجهَ الاستِدْلالِ بالآيةِ إنْ شاء اللّه تعالى.

ورَوَى أبو حنيفةَ عن نافِعٍ عن ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما أنّه قال: نَهَى رسولُ اللّه ﷺ في غَزْوةِ خَيْبَرَ عن لُحومِ الحُمُرِ الأهليّةِ وعن مُتْعةِ النِّساءِ [١].

ورُوِيَ أنّ سَيِّدَنا عليًّا رضي الله عنه قال لابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما وهو يُفْتي النّاسَ في المُتْعةِ: أنّ رسول اللّه ﷺ نَهَى عن مُتْعةِ النِّساءِ وعن لُحومِ الحُمُرِ الأهليّةِ يومَ خَيْبَرَ [٢]. فرَجَعَ ابنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما عن ذلك.

ورُوِيَ: أنّه قِيلَ للنّبيِّ عليه الصلاة والسلام يومَ خَيْبَرَ: أُكِلَتِ الحُمُرُ فأمر أبا طَلْحةَ رضي الله عنه يُنادي: إنّ رسول اللّه ﷺ يَنْهاكُم عن لُحومِ الحُمُرِ فإنّها رِجْزٌ. ورُوِيَ: «فإنّها رِجسٌ [٣]» [٤]. وهذه أخبارٌ مُسْتَفيضةٌ عَرَفَها الخاصُّ والعامُّ، وقَبلوها وعَمِلوا بها، وظَهَرَ العمَلُ بها.

وأمّا الآيةُ: فقد اختُصّ [٥] منها أشياءُ (غيرُ مَذْكورةٍ فيها فيختصُّ المُتَنازَعُ) [٦] فيه بما ذَكَرْنا من الدّلائلِ مع أنّ ما رَوَيْنا من الأخبارِ مشهورةٌ ويجوزُ نَسْخُ الكِتاب بالخبَرِ المشهورِ

(ص١٨٤) برقم (١٣٠٥)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٢٠٣)، والطبراني في «الكبير» (٨/ ٢٦٥-٢٦٦) برقم (٦٦٤-٦٧٠)، وابن قانع في «معجم الصحابة» (١/ ٦٩)، (٢/ ٣١٨)، وابن عبد البر في «الاستيعاب» (٣/ ١٢٢٠)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٦/ ٤٨)، وابن نقطة في «تكملة الإكمال» (٢/ ٦٥٧) من حديث غالب بن أبجر والحديث ضعفه النووي في «شرح مسلم» ١٣/ ٩٢ ومن قبله ابن حزم في «المحلى» (٧/ ٤٠٧)، وضعفه أيضا ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢١١)، والزيلعي في «نصب الراية» (١/ ١٣٧)، (٤/ ١٩٧)، والألباني في «ضعيف سنن أبي داود» (ص٣٧٥) برقم (٨١٧).

(١) أخرجه البخاري مختصرًا في كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، برقم (٤٢١٧)، ومسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية، برقم (٥٦١).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخرًا، برقم (٥١١٥)، ومسلم، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ، برقم (١٤٠٧) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٣) في المخطوط: «نجس».

(٤) أخرجه بنحوه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب لحوم الحمر الإنسية، برقم (٥٥٢٨)، ومسلم، كتاب الصيد والذبائح، باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية، برقم (١٩٤٠).

(٥) في المخطوط: «خُصّ».

(٦) في المخطوط: «عين مذكورة فيخص الشارع».

وعلى أنّ في الآيةِ الشّريفةِ أنّه لا يَحِلُّ سِوَى المذكورِ فيها وقتَ نُزولِها؛ لأنّ الأصلَ في الفعلِ (١) هو الحالُ، فيُحْتَمَلُ أنّه لم يكنْ وقتَ نُزولِ الآيةِ تَحْريمٌ (٢) سِوَى المذكورِ فيها، ثُمّ حَرّمَ ما حَرّمَ [من] (٣) بعد، على أنّا نَقولُ بموجِب الآيةِ: [إنه] (٤) لا مُحَرّمَ سِوَى المذكورِ فيها، ونحنُ لا نُطْلِقُ اسمَ المُحَرّمِ على لُحومِ الحُمُرِ الأهليّةِ، إذِ المُحَرّمُ المُطْلَقُ ما تَثْبُتُ حُرْمَتُه بدَليلٍ مقطوعٍ به، فأمّا ما كانت حُرْمَتُه مَحَلّ الاجتِهادِ فلا يُسَمّى مُحَرّمًا على الإطلاقِ، بل نُسَمّيه مَكروهًا، فنَقولُ بوجوب الامتِناعِ عن أكلِها عَمَلاً مع التّوَقُّفِ في اعتِقادِ الحِلّ والحُرْمةِ.

وأما الحديث: فيُحْتَمَلُ أنْ يكونَ المُرادُ من قولِه عليه الصلاة والسلام: «كُلْ من سَمينِ مالِكَ» (٥) أي: من أثمانِها، كما يُقالُ: فُلانٌ أكل عَقارَه أي: ثَمَنَ عَقارِه، ويُحْتَمَل أنْ يكونَ ذلك إطلاقًا للانتِفاعِ بظُهورِها بالإكراءِ، كما يُحمَلُ على شيءٍ مِمّا ذَكَرْنا عَمَلاً بالدّلائلِ كُلِّها، ويُحْتَمَلُ أنّه كان قبل التّحريمِ فانتَسَخَ بما ذَكَرْنا [١/ ٢٧٧ ب] وإنْ جُهِلَ التّاريخُ فالعمَلُ بالخاطِرِ أولى احتياطًا.

فإنْ قيلَ: ما رَوَيْتُم يحتملُ أيضًا أنّه عليه الصلاة والسلام نَهَى عن أكلِ الحُمُرِ يومَ خَيْبَرَ؛ لأنّها كانت غَنيمةً من الخُمُسِ، أو لقِلّةِ الظّهْرِ؛ أو لأنّها كانت جَلّالةً فوَقَعَ التّعارُضُ، والجوابُ أنّ شيئًا من ذلك لا يَصْلُحُ محمَلاً.

أما الأولُ: فلأنّ ما يَحتاجُ إليه الجُنْدُ لا يَخْرُجُ منه الخُمُسُ كالطّعامِ والعلَفِ.

وأما الثاني: فلأنّ المرويّ أنّ رسول الله ﷺ أمر بإكفاءِ القُدورِ يومَ خَيْبَرَ (٦)، ومعلومٌ أنّ ذلك مِمّا لا يُنْتَفَعُ به في الظّهْرِ.

وأما الثالِث: فلأنّه - عليه الصلاة والسلام - خَصّ النّهيَ بالحُمُرِ الأهليّةِ وهذا المعنى لا يختصُّ بالحُمُرِ بل يوجدُ في غيرِها.

وأمّا لَحمُ الخيْلِ فقد قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: يُكرَه (٧).

---

(١) في المخطوط: «أفعل».
(٢) في المخطوط: «محرم».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) سبق قريبًا.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) انظر في مذهب الحنفية: مختصر القدوري (ص ٩٩)، مختصر الطحاوي (ص ٢٩٩)، المبسوط (١١/

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ رحمهما الله: لا يُكرَه، وبه أخذ الشّافعيُّ رحمه الله [١].

واحتَجّا بما رُوِيَ عن أنَسِ بنِ مالِكٍ رضي الله عنه أنّه قال: أكلنا لَحمَ فرَسٍ على عهدِ رسولِ اللّه ﷺ [٢].

ورُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّه قال: نَهى رسولُ اللّه ﷺ عن لُحومِ الحُمُرِ الأهليّةِ وأذِنَ في الخيْلِ [٣].

ورُوِيَ انه قال: أطْعَمَنا رسولُ اللّه ﷺ لُحومَ الخيْلِ ونَهانا عن لُحومِ الحُمُرِ [٤].

ورُوِيَ عنه انه قال: كُنّا قد جَعَلْنا في قُدورِنا لَحمَ الخيْلِ ولحمَ الحِمارِ، فنَهانا النّبيُّ عليه الصلاة والسلام أنْ نَأكُلَ لَحمَ الحِمارِ وأمرنا أنْ نَأكُلَ لَحمَ الخيْلِ [٥].

وعن سَيِّدَتِنا أسماءَ بنتِ سَيِّدِنا أبي بَكرٍ الصِّدّيقِ رضي الله عنهما أنّها قالت: نَحَرْنا فرَسًا على عهدِ رسولِ اللّه ﷺ فأكلناه [٦].

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه الكِتابُ والسُّنّةُ ودَلالةُ الإجماعِ، أمّا الكِتابُ العزيزُ فقولُه جَلّ شَأنُه: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل:٨].

ووَجْه الاستِدْلالِ به: ما حُكِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما فإنّه رُوِيَ أنّه سُئِلَ عن لَحمِ

---

٢٢٣)، رءوس المسائل (ص ٥١٧)، الاختيار (٥/ ١٤)، البناية (١٠/ ٧٠٥-٧١٠).

(١) مذهب الشافعية: أنه يحل أكل الخيل والحمار الوحشي والمتولد بينهما. انظر: نفس المصادر للشافعية في المسألة السابقة.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب لحوم الخيل، برقم (٥٥١٩)، ومسلم، كتاب الصيد والذبائح، باب في أكل لحوم الخيل، برقم (١٩٤٢) من حديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب لحوم الخيل، برقم (٥٥٢٠)، ومسلم، برقم (١٩٤١/ ٣٦)، وأبو داود، برقم (٣٧٨٨)، والترمذي، برقم (١٧٩٣)، والنسائي، برقم (٤٣٢٧)، والدارمي، برقم (١٩٩٣)، وأحمد، برقم (١٤٩٣٣) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٤) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب الأطعمة، باب ما جاء في أكل لحوم الخيل، برقم (١٧٩٣)، والنسائي (٤٣٢٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه. وصححه الألباني.

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٦) أخرجه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب لحوم الخيل، برقم (٥٥١٠)، ومسلم، برقم (١٩٤١/ ٣٦)، والنسائي، برقم (٤٤٠٦)، وابن ماجه، برقم (٣١٩٠)، وأحمد، برقم (٢٦٩٧٨) من حديث أسماء به.

الخيلِ فقرأ بهذه [١] الآيةِ الشّريفةِ وقال: ولم يَقُلْ تبارَكَ وتعالى: «لتأكلوها» فيُكرَه أكلُها [٢]، وتَمامُ هذا الاستِدْلالِ أنّ اللّهَ تبارَكَ وتعالى ذَكَرَ الأنْعامَ فيما تَقدّمَ ومَنافِعَها وبالَغَ في ذلك بقولِه تعالى: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا ۗ لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ۝ وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ ۝ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا۟ بَٰلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ ٱلْأَنفُسِ ۚ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ ۝﴾ [النحل: ٥-٧].

وكذا ذَكَرَ فيما بعدَ هذه الآيةِ الشّريفةِ مُتّصِلاً بها مَنافِعَ الماءِ المُنْزَلِ من السّماءِ، والمنافِعَ المُتَعَلِّقَةَ بالليلِ والنّهارِ والشّمسِ والقمَرِ والنُّجومِ، والمنافِعَ المُتَعَلِّقَةَ بالبحْرِ على سبيلِ المُبالَغةِ بيانَ شِفاءٍ لا بيانَ كِفايةٍ، وذَكَرَ في هذه الآيةِ أنّه سبحانه وتعالى خَلَقَ الخيْلَ والبغالَ والحميرَ للرُّكوب والزّينةِ، ذَكَرَ مَنْفَعةَ الرُّكوب والزّينةِ ولم يَذْكُرْ سبحانه وتعالى مَنْفَعةَ الأكلِ فدَلّ أنّه ليس فيها مَنْفَعةٌ أُخرى سِوَى ما ذَكَرْناه [٣].

ولو كان هناك مَنفَعةٌ أُخرى سِوَى ما ذَكَرْنا لم يُحْتَمَلْ أنْ لا نَذْكُرَها عندَ ذِكرِ المنافِعِ المُتَعَلِّقةِ بها على سبيلِ المُبالَغةِ والاستِقْصاءِ، وقولُه عزّ وجلّ: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ولحمُ الخيْلِ ليس بطَيِّبٍ بل هو خَبيثٌ؛ لأنّ الطِّباعَ السّليمةَ لا تَسْتَطيبُه، بل تَسْتخبِثُه حتّى لا تجدَ أحدًا تُرِكَ بطَبْعِه [٤] إلاّ ويَسْتخبِثُه، وينفر [٥] طَبْعَه عن أكلِه، وإنّما يَرْغبونَ في رُكوبه، ألا يَرْغَبُ طَبْعُه فيما كان مجبولاً عليه؟

وبه تَبيّنَ أنّ الشّرعَ إنّما جاءَ بإحلالِ ما هو مُسْتَطابٌ في الطّبْعِ لا بما هو مُسْتخبَثٌ؛ ولهذا لم يَجْعَلِ المُسْتخبَثَ في الطّبْعِ غِذاءَ اليُسْرِ وإنّما جعل ما هو مُسْتَطابٌ بَلَغَ في الطِّيب غايَته.

وأمّا السُّنّةُ: فما رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّه قال: لَمّا كان يومُ خَيْبَرَ أصابَ النّاسَ

---

(١) في المخطوط: «هذه».
(٢) أخرجه الطبري في «تفسيره» (١٤/ ٨٢) عن ابن عباس وسنده ضعيف، فيه: ابن أبي ليلى ن ضعيف لسوء حفظه.
(٣) في المخطوط: «ذكر».
(٤) في المخطوط: «وطبعه».
(٥) في المطبوع: «ويُنَقّي».

مَجاعةٌ، فأخَذوا [١] الحُمُرَ الأهليّةَ فذَبَحوها، فحَرّمَ رسولُ اللّه ﷺ لُحومَ الحُمُرِ الإنسيّةِ، ولُحومَ الخيْلِ والبغالِ، وكُلّ ذي نابٍ من السِّباعِ، وكُلّ ذي مِخْلَبٍ من الطّيْرِ، وحَرّمَ الخلْسةَ [٢] والنُّهْبةَ [٣].

وعن خالدِ بنِ الوليدِ رضي الله عنه أنّه قال: نَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن أكلِ لُحومِ الخيْلِ والبغالِ والحميرِ [٤].

وعن المِقْدامِ بنِ معدي كرِبَ أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام قال: «حُرّمَ [٥] عليكُمُ الحِمارُ الأهليُّ وخَيْلُها» [٦]، وهذا نصٌّ على التّحريمِ، وعن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «الخيلُ لثلاثةٍ [٧] فهي لرجلٍ سِتْرٌ، ولِرجلٍ أجرٌ، ولِرجلٍ وِزْرٌ» [٨] وَلَوْ صَلَحَتْ للأكلِ لَقال عليه الصلاة والسلام: الخيْلُ لأربعةٍ لرجلٍ سِتْرٌ، ولِرجلٍ أجرٌ، ولِرجلٍ وِزْرٌ ولِرجلٍ طعامٌ.

وامّا دَلالةُ الإجماعِ: فهي أنّ البغْلَ حَرامٌ بالإجماعِ وهو ولدُ الفرَسِ، فلو كانت أُمُّه حَلالاً لَكان هو حَلالاً أيضًا؛ لأنّ حُكمَ الولدِ حُكمُ أُمِّه؛ لأنّه منها وهو كبعضِها.

---

(١) في المخطوط: «فَأُخِذَتْ».

(٢) الخلسة: ما يؤخذ سلبًا ومكابرة. انظر: اللسان (٦/ ٦٦).

(٣) النهبة: ما يؤخذ من المال مغالبة، سواء أباحه صاحب المال أم لم يبحه. انظر: معجم لغة الفقهاء (٤٨٩).

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب في أكل لحوم الخيل برقم (٣٧٩٠)، والنسائي، برقم (٤٣٣١)، وابن ماجه، برقم (٣١٩٨)، وأحمد (٤/ ٨٩)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٤/ ١١٠) برقم (٣٨٢٦)، وابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٣٦٥) برقم (١٩٥٥) من حديث خالد بن الوليد، وضعفه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه» (ص٢٥٥) برقم (٦٨٧)، وضعيف أبي داود (ص٣٧٣) برقم (٨١٠)، «وضعيف الجامع الصغير» برقم (٦٠٣٤).

(٥) في المخطوط: «حرام».

(٦) أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع برقم (٣٨٠٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٠٩)، والطبراني في «الكبير» (٢٠/ ٢٨٣) برقم (٦٧٠)، وفي «مسند الشاميين» (٢/ ١٣٧) برقم (١٠٦١)، والحاكم (١/ ١٩١) برقم (٣٧١)، والدارقطني (٤/ ٢٨٧) برقم (٥٩-٦٢)، والبيهقي (٧/ ٧٦) برقم (١٣٢٢٠)، والمروزي في «السنة» (ص٧٠-٧١) برقم (٢٤٤) من حديث المقداد.

(٧) في المخطوط: «ثلاثة».

(٨) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب الخيل لثلاثة، برقم (٢٨٥٣)، ومسلم، برقم (٩٨٧/ ٢٤-٢٦)، والترمذي، برقم (١٦٣٦)، والنسائي، برقم (٣٥٦٢- ٣٥٦٣)، وابن ماجه، برقم (٢٧٨٨) من حديث أبي هريرة.

ألا تَرَى أنّ حِمارَ وحْشٍ لو نُزّيَ على حِمارةٍ أهليّةٍ فولَدَتْ لم يُؤكل ولدُها؟، ولو نَزا حِمارٌ أهليٌّ على حِمارةٍ وحْشيّةٍ وولَدَتْ يُؤكَلُ ولدُها؟ ليُعْلَمَ أنّ حُكمَ الولدِ حُكمُ أُمّه في الحِلّ والحُرْمةِ دونَ الفحْلِ، فلَمّا كان (البغل) [1] حَرامًا [١/ ٢٧٨ أ] كان لَحمُ الفرس [2] كذلك.

وما رُوِيَ في بعضِ الرّواياتِ [3] عن جابرٍ وما في رِوايةِ سَيِّدَتِنا أسماءَ رضي الله عنها يُحتَمَل أنّه كان ذلك في الحالِ التي كان يُؤكَلُ فيها الحُمُرُ؛ لأنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام إنّما نَهَى عن أكلِ لُحومِ الحُمُرِ يومَ خَيْبَرَ، وكانتِ الخيْلُ تُؤكَلُ في ذلك الوقتِ، ثُمّ حُرِّمَتْ، يَدُلُّ عليه ما رُوِيَ عن الزُّهْريِّ أنّه قال: ما عَلِمْنا الخيْلَ أُكِلَتْ إلاّ في حِصارٍ.

وعن الحسَنِ رضي الله عنه أنّه قال: كان أصحابُ رسولِ اللّه ﷺ يأكلونَ لُحومَ الخيْلِ في مَغازيهم فهذا يَدُلُّ على أنّهم كانوا يأكلونَها في حالِ الضّرورةِ - كما قال الزُّهْريُّ رحمه الله -، أو يُحمَلُ على هذا عَمَلاً بالدّليلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ، أو يترَجّحُ الحاظِرُ على المُبيحِ احتياطًا، وهذا الذي ذَكَرْنا حُجَجُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه على رِوايةِ الحسَنِ أنّه يَحْرُمُ أكلُ لَحمِ الخيْلِ.

وأمّا على ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أنّه يُكرَه أكلُه ولم يُطْلَقِ التّحريمُ لاختلافِ الأحاديثِ المرويّةِ في الباب واختلاف الصحابة واختلافِ السّلَفِ فكُرِهَ أكلُ لَحمِه احتياطًا لباب الحُرْمةِ.

وَأمّا المُتَوَحِّشُ منها نحوُ الظِّباءِ وبقَرِ الوحْشِ وحُمُرِ الوحْشِ وإبلِ الوحْشِ فحَلالٌ بإجماعِ المسلمينَ ولِقولِه تبارَكَ وتعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة :٤]، وقولُه عزّ شأنُه: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف :١٥٧]، وقولُه سبحانه وتعالى: ﴿كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْۚ﴾ [البقرة :٥٧] ولُحومُ هذه الأشياءِ من الطّيّباتِ فكان حَلالاً.

ورُوِيَ أنّه لَمّا سُئِلَ رسولُ اللّه ﷺ يومَ خَيْبَرَ عن لُحومِ الحُمُرِ فقال: «الأهليّة؟»، فقيلَ: نَعَم [4]، فدَلّ قولُ رسولِ اللّه ﷺ على اختلافِ حُكمِ الأهليّةِ والوحْشيّةِ، وقد ثَبَتَ أنّ

---

(١) في المطبوع: «لَحمُ الفرَسِ».
(٢) في المطبوع: «البغْلِ».
(٣) في المخطوط: «الأحاديث».
(٤) لم أقف على هذا اللفظ.

الحُكمَ في الأهليّةِ الحُرْمةُ لما ذَكَرْنا من الدّلائلِ، فكان حُكمُ الوحْشيّةِ الحِلّ ضَرورةً.

ورُوِيَ أنّ رجلاً من فِهْرٍ جاءَ إلى النّبيِّ عليه الصلاة والسلام وهو بالرّوْحاءِ [١] ومع الرّجُلِ حِمارٌ وحْشيٌّ عَقره فقال: هذه رَمْيَتي يا رسول اللّه وهي لَكَ [٢]، فقبَلَه النّبيُّ عليه الصلاة والسلام، وأمر سَيِّدَنا أبا بَكرٍ رضي الله عنه فقَسَمَه بين الرِّفاقِ [٣].

والحديثُ وإنْ ورَدَ في حِمارِ الوحْشِ لكنّ إحلالَ الحِمارِ الوحْشيِّ إحلالٌ للظّبْيِ والبقَرِ الوحْشيِّ والإبلِ الوحْشيِّ من طريقِ الأولى؛ لأنّ الحِمارَ الوحْشيّ ليس من جِنْسِه من الأهليِّ ما هو حَلالٌ، بل هو حَرامٌ، وهذه الأشياءُ من جِنْسِها من الأهليِّ ما هو حَلالٌ فكانت أولى بالحِلِّ.

وَأمّا المُسْتَأنسُ من السبّاعِ وهو: الكلبُ والسِّنّورُ [٤] الأهليُّ فلا يَحِلُّ، وكذلك المُتَوَحّشُ منها المُسَمّى بسِباعِ الوحْشِ والطّيْرِ، وهو كُلُّ ذي نابٍ من السِّباعِ، وكُلُّ ذي مِخْلَبٍ من الطّيْرِ؛ لما رُوِيَ في الخَبَرِ المشْهورِ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه: نَهَى عن أكلِ كُلِّ ذي نابٍ من السِّباعِ وكُلِّ ذي مِخْلَبٍ من الطّيْرِ [٥].

وعن الزُّهْريِّ رضي الله عنه قال: قال رسولُ اللّه ﷺ: «**كُلُّ ذي نابٍ من السِّباعِ حَرامٌ**» [٦]، فذو النّاب من سِباعِ الوحْشِ مثلُ الأسَدِ والذِّئْبِ والضّبُعِ والنّمِرِ والفهْدِ والثّعْلَبِ والسِّنّورِ البرّيِّ والسِّنْجاب والفنَكِ والسّمّورِ [٧] والدّلَقِ [٨] والدُّبِّ والقِرْدِ

(١) **الروحاء**: قرية جامعة لمزينة على ليلتين من المدينة، بينهما أحد وأربعون ميلا، انظر: معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع (٢/ ٢٧١).
(٢) **في المخطوط**: «لكم».
(٣) أخرجه النسائي، كتاب مناسك الحج، باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، برقم (٢٨١٨)، ومالك (٧٨٩)، وأحمد (١٥٠٢٤) من حديث زيد بن كعب البهزي. وقال الألباني في صحيح النسائي: صحيح الإسناد.
(٤) **السنور**: حيوان أليف من الفصيلة السنورية ورتبة اللواحم، من خير مآكله الفأر، ومنه أهلي وبري، وهي سنورة، والجمع سنانير. انظر: المعجم الوجيز (٣٢٤).
(٥) أخرجه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب أكل كل ذي ناب، برقم (٥٥٣٠)، ومسلم، برقم (١٩٣٢)، وأبو داود، برقم (٣٨٠٢)، والترمذي برقم (١٤٧٧)، والنسائي، برقم (٤٣٢٥)، وابن ماجه، برقم (٣٢٣٢) من حديث أبي ثعلبة الخشني.
(٦) **انظر السابق**.
(٧) **السمور**: حيوان ثديي ليلي، يتخذ من جلده فرو ثمين، ويقطن شمالي آسيا. انظر: المعجم الوجيز (ص ٣٢١). (٨) **الدَّلَق**: دويبة، فارسي معرب. انظر: مختار الصحاح (ص١٣٣).

والفيلِ ونحوِها فلا خلافَ في هذه الجملةِ أنّها مُحرّمةٌ إلاّ الضّبُعَ فإنّه حَلالٌ عندَ الإمامِ الشّافعيِّ رحمه الله [(١)].

واحتَجّ بما رُوِيَ عن عَطاءٍ عن جابرٍ رضي الله عنهما أنّه قال: في الضّبُعِ كبْشٌ، فقُلْت له: أهو صَيْدٌ؟ فقال: نَعَم، فقُلْت: يُؤْكَلُ؟ فقال: نَعَم، فقُلْت: أسَمِعْتَه من رسولِ اللّه ﷺ؟ فقال: نَعَم [(٢)].

ولنَا: أنّ الضّبُعَ سَبُعٌ ذو نابٍ فيدخلُ تحت الحديثِ المشْهورِ، وما رُوِيَ ليس بمشهورٍ، فالعملُ بالمشْهورِ أولى على أنّ ما رَوَيْنا مُحَرِّمٌ، وما رَواه مُحَلِّلٌ، والمُحَرِّمُ يقضي على المُبيحِ احتياطًا ولا بَأسَ بأكلِ الأرنَب لما رُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: كُنّا عندَ رسولِ اللّه ﷺ فأهدَى له أعرابيٌّ أرنَبةً مشويّةً فقال لأصحابه: «كُلوا» [(٣)].

وعن محمّدِ بنِ صَفْوانَ أو صَفْوانَ بنِ محمّدٍ أنّه قال: أصَبْت أرنَبَتَيْنِ فذَبَحْتُهما بمروةٍ وسَألتُ عن ذلك رسول اللّه ﷺ فأمرني بأكلِهما [(٤)].

وذو المِخْلَب من الطّيْرِ، كالبازي، والباشَقِ، والصّقْرِ، والشّاهينِ، والحِدَأةِ، والنّعّاب [(٥)] [(٦)] والنّسْرِ والعُقاب، وما أشبَهَ ذلك، فيدخلُ تحت نَهْيِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام عن كُلِّ ذي مِخْلَبٍ من الطّيْرِ [(٧)].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص٢٩٩).
ومذهب الشافعية: أنه لا يؤكل ذو الناب من السباع الأسد والنمر والذئب، ويؤكل الضبع والثعلب، ولا يؤكل النسر والبازي. انظر: المزني (ص ٢٨٥).

(٢) بنحوه أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب في أكل الضبع، برقم (٣٨٠١)، والترمذي (٨٥١، ١٧٩١)، والنسائي (٢٨٣٦)، وابن ماجه (٣٠٨٥)، وأحمد (١٣٧٥١)، والدارمي (١٩٤١).

(٣) أورده بنحوه الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤٠/ ٣٩) عن ابن عباس، وعزاه لأبي يعلى والطبراني في الكبير، وقال: وفي إسناده ضعف.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الضحايا، باب الذبيحة بمروة، برقم (٢٨٢٢)، والنسائي، برقم (٤٣٩٩)، وابن ماجه، برقم (٣٢٤٤)، والدارمي، برقم (٢٠١٤)، وأحمد (٣/ ٤٧١)، وابن أبي شيبة (٥/ ١١٧) برقم (٢٤٢٨٣)، والطيالسي (ص١٦٣) برقم (١١٨٢)، وابن حبان (١٣/ ٢٠٤) برقم (٥٨٨٧)، والحاكم (٤/ ٢٦٣) برقم (٧٥٨١)، والبيهقي في «الكبرى» (٩/ ٣٢٠)، وابن قانع في «معجم الصحابة» (٣/ ٢٣) من حديث محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد رضي الله عنه به. وصححه البخاري كما في «علل الترمذي» (ص٢٤٠) برقم (٤٣٤)، وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه»، برقم (٢٥٧١).

(٥) في المخطوط: «البغاث».

(٦) النعاب: الغراب. انظر: اللسان (١/ ٧٦٤).

(٧) أخرجه بنحوه مسلم، كتاب الصيد والذبائح، باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع...، برقم

ورُوِيَ أنّه نَهَى عن كُلِّ ذي خَطْفةٍ ونُهْبةٍ ومُجَثّمةٍ وعن كُلِّ ذي نابٍ من الطّيْرِ [١]، والمُجَثّمةِ - رُوِيَ بكَسْرِ الثّاءِ وفَتْحِها من الجُثوم -، وهو تَلَبُّدُ الطّائرِ [فالمراد بالكسر الطائر] [٢] الذي من عادَتِه الجُثومُ على غيرِه ليقتُلَه، وهو السّباعُ من الطّيْرِ، فيكونُ نَهْيًا على أكلِ كُلِّ طَيْرٍ قتله طير هذا عادَتُه، وبالفتْحِ هو الصّيْدُ الذي يَجْثُمُ عليه طائرٌ فيقتُلُه، فيكونُ نَهْيًا عن أكلِ كُلِّ طَيْرٍ قَتَلَه طَيْرٌ آخَرُ بجُثومِه عليه.

وقيلَ بالفتْحِ: هو الذي يُرْمَى حتّى [١/ ٢٧٨ ب] يَجْثُمَ فيموتَ، وما لا مِخْلَبَ له من الطّيْرِ، فالمُسْتَأنسُ منه كالدّجاجِ والبطِّ، والمُتَوَحِّشُ كالحمامِ والفاخِتةِ، والعصافيرِ، والقبجِ [٣] [والدرج] [٤]، والكُرْكيِّ [٥]، والغراب الذي يأكلُ الحبّ والزّرْعَ، والعقعَقِ [٦]، ونحوِها، حَلالٌ بالإجماعِ.

فَصْلٌ [فيما يكره من الحيوانات]

وأمّا بيانُ ما يُكرَه من الحيَواناتِ: فيُكرَه أكلُ لُحومِ الإبلِ الجلاّلةِ، وهي التي الأغْلَبُ من أكلِها النّجاسةُ، لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ نَهَى عن أكلِ لُحوم الإبلِ الجلاّلةِ [٧]؛ ولأنّه إذا كان الغالِبُ من أكلِها النّجاساتِ يتغيّرُ لَحمُها ويَنْتُنُ فيُكرَه أكلُه كالطّعامِ المُنْتِنِ.

ورُوِيَ: أنّ رسول اللّه ﷺ نَهَى عن الجلاّلةِ أنْ تُشرَبَ ألبانُها [٨]؛ لأنّ لَحمَها إذا تَغيّرَ

(١٩٣٤)، وأبو داود (٣٨٠٣، ٣٨٠٥)، والنسائي (٤٣٤٨)، وابن ماجه (٣٢٣٤)، وأحمد (٢١٩٣)، والدارمي (١٩٨٢) من حديث ابن عباس.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤/ ٥١٤) برقم (٨٦٨٨)، وأحمد (٢٦٩٦٦) عن شيخ عن أبي الدرداء، وفي الحديث جهالة هذا الشيخ، وانظر التمهيد لابن عبد البر (١١/ ٨)، والحجة للشيباني (٢/ ٢٥١).

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) **القبج**: الحجل. انظر اللسان (١/ ٦٢٢).

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) **الكركي**: طائر. انظر: اللسان (١٠/ ٤٨١).

(٦) **العقعق**: هو طائر معروف ذو لونين، أبيض وأسود، طويل الذنب، ضخم طويل المنقار، وهو من طير البر. انظر: اللسان (٨/ ٢٨٨).

(٧) أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل الجلالة وألبانها، برقم (٣٧٨٥)، والترمذي، برقم (١٨٢٤)، وابن ماجه، برقم (٣١٨٩)، والحاكم (٢/ ٤٠) برقم (٢٢٤٨)، والبيهقي (٩/ ٣٣٢) من حديث ابن عمر. وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه»، برقم (٢٥٨٢).

(٨) **صحيح**: أخرجه أبو داود، كتاب: الأطعمة، باب: النهي عن أكل الجلالة وألبانها، برقم (٣٧٨٦)، والترمذي، (١٨٢٥)، والنسائي، (٤٤٤٨)، من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وانظر صحيح سنن أبي داود.

يتغيّرُ لبنُها، وما رُوِيَ: أنّه عليه الصلاة والسلام نَهى عن أنْ يُحجّ عليها، وأنْ يُعْتَمَرَ عليها، وأنْ يُغْزَى [عليها] (١)، وأنْ (٢) يُنْتَفَعَ بها فيما سِوَى ذلك (٣)، فذلك محمولٌ على أنّها أنْتَنَتْ في نفسِها فيمْتَنِعُ (٤) من استعمالِها حتّى لا يتأذّى النّاسُ بنَتِنِها، كذا ذَكَرَه القُدوريُّ رحمه الله في شرحِه مُخْتَصَرَ الكَرْخيِّ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويّ أنّه لا يَحِلُّ الانتِفاعُ بها من العمَلِ وغيرِه، إلاّ أنْ تُحْبَسَ أيّامًا وتُعْلَفَ، فحينئِذٍ تَحِلُّ، وما ذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله أجوَدُ؛ لأنّ النّهيَ ليس لمعنًى يرجعُ إلى ذاتِها، بل لعارِضٍ جاوَرَها، فكان الانتِفاعُ بها حَلالاً في ذاتِه إلاّ أنّه يُمْنَعُ عنه لغيرِه ثُمّ ليس لحَبْسِها تقديرٌ في ظاهرِ الرّوايةِ هكذا رُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه قال: كان أبو حنيفةَ رضي الله عنه لا يوَقِّتُ في حَبْسِها، وقال: تُحْبَسُ حتّى تَطيبَ، وهو قولُهما أيضًا.

ورَوَى أبو يوسُفَ عن أبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ أنّها تُحْبَسُ ثلاثةَ أيّامٍ، ورَوَى ابنُ رُسْتُمَ رحمه الله عن محمّدٍ في النّاقةِ الجلاّلةِ، أو الشّاةِ والبقرِ الجلاّلِ أنّها إنّما تكونُ جَلاّلةً إذا تَفَتّتَتْ وتَغَيّرَتْ ووُجِدَ منها ريحٌ مُنْتِنةٌ، فهي الجلاّلةُ حينئِذٍ لا يُشْرَبُ لبنُها، ولا يُؤْكَلُ لَحمُها، وبيعُها وهِبَتُها جائزٌ.

هذا إذا كانت لا تخلِطُ ولا تَأكُلُ إلاّ العذِرةَ غالِبًا، فإنْ خَلَطَتْ فليستْ جَلاّلةً، فلا تُكرَه؛ لأنّها لا تَنْتُنُ.

وَلا يُكرَه أكلُ الدّجاجِ المخلّيّ وإنْ كان يتناوَلُ النّجاسةَ؛ لأنّه لا يَغْلِبُ عليه أكلُ النّجاسةِ بل يَخْلِطُها (٥) بغيرِها وهو الحبُّ، فيأكلُ ذا وذا، وقيلَ إنّما لا يُكرَه؛ لأنّه لا يَنْتُنُ كما يَنْتُنُ الإبلُ، والحُكمُ مُتَعَلّقٌ بالنّتَنِ.

ولهذا قال أصحابُنا في جَدْيٍ ارْتَضَعَ بلبنِ خِنْزيرٍ حتّى كبرَ: إنّه لا يُكرَه أكلُه؛ لأنّ لَحمَه لا يتغيّرُ ولا يَنْتُنُ، فهذا يَدُلُّ على أنّ الكراهةَ في الجلاّلةِ لمَكانِ التّغيّرِ والنّتْنِ لا لتَناوُلِ النّجاسةِ؛ ولهذا إذا خَلَطَتْ لا يُكرَه، وإنْ وُجِدَ تَناوُلُ النّجاسةِ؛ لأنّها لا تَنْتُنُ فدَلّ أنّ

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) في المخطوط: «أو».
(٣) حسن صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الجهاد، باب: في ركوب الجلالة، برقم (٢٥٥٨)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وانظر صحيح سنن أبي داود.
(٤) في المخطوط: «فيمنع». (٥) في المخطوط: «بخلطها».

العِبْرَةَ للنَّتْنِ لا لتَناوُلِ النّجاسةِ.

والأفْضَلُ أنْ تُحْبَسَ الدّجاجُ حتّى يَذْهَبَ ما في بَطْنِها من النّجاسةِ لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ كان يَحْبسُ الدّجاجَ ثلاثةَ أيّامٍ ثُمّ يأكلُه [١]، وذلك على طريقِ التّنَزُّه وهو رِوايةُ عن أبي يوسُفَ عن أبي حنيفةَ عليهما الرّحمةُ أنّها تُحْبَسُ ثلاثةَ أيّامٍ كأنّه ذَهَبَ إلى ذلك للخَبَرِ ولِما ذَكَرْنا أنّ ما في جَوْفِها [من النّجاسةِ] [٢] يَزولُ في هذه المُدّةِ ظاهِرًا وغالِبًا ويُكْرَهُ الغُرَابُ الأبقَعُ والغداف وهو الغرابُ الأسوَدُ الكبيرُ لما رُوِيَ عن عُرْوةَ عن أبيه أنّه سُئِلَ عن أكلِ الغراب فقال: مَنْ يأكلُ بعدَما سَمّاه اللّه تَبارَكَ وتعالى فاسِقًا عَنَى بذلك قول رسولِ اللّه ﷺ: «خمسٌ من الفواسِقِ يقتُلهُنّ المُحْرِمُ في الحِلِّ والحرَمِ» [٣]؛ ولأنّ غالِبَ أكلِها الجيَفُ فيُكرَه أكلُها كالجلاّلةِ، ولا بَأسَ بغراب الزّرْعِ؛ لأنّه يأكلُ الحبّ والزّرْعَ ولا يأكلُ الجيَفَ.

هكذا رَوَى بِشْرُ بنُ الوليدِ عن أبي يوسُفَ قال: سَألتُ أبا حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - عن أكلِ الغراب فرَخّصَ في غراب الزّرْعِ وكَرِهَ الغُداف [٤] فسَألتُه عن الأبْقَعِ [٥] فكَرِهَ ذلك. وإنْ كان غرابًا يَخْلِطُ فيأكلُ الجيَفَ ويأكلُ الحبّ لا يُكرَه في قولِ أبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ قال: وإنّما يُكرَه من الطّيْرِ ما لا يأكلُ إلاّ الجيَفَ، ولا بَأسَ بالعقعَقِ؛ لأنّه ليس بذي مِخْلَبٍ ولا من الطّيْرِ الذي لا يأكلُ إلاّ الحبّ كذا (رُوِي عن أبي يوسُفَ) [٦] أنّه قال: سَألتُ أبا حنيفةَ رحمه الله في أكلِ العقعَقِ فقال: لا بَأسَ به، فقُلْت: إنّه يأكلُ الجيَفَ فقال: إنّه يَخْلِطُ. فحَصَلَ من قولِ أبي حنيفةَ أنّ ما يَخْلِطُ من الطُّيورِ لا يُكرَه أكلُه كالدّجاجِ، وقال أبو يوسُفَ رحمه الله: يُكرَه؛ لأنّ غالِبَ أكلِه الجيَفُ.

---

(١) لم أقف عليه فيما بين يدي من مراجع سواء مطبوعة أو مخطوطة والله أعلم.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) أخرجه البخاري، كتاب: بدء الخلق، باب: خمس من الدواب فواسق يقتلن في الحرم، برقم (٣٣١٤)، ومسلم، كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب، برقم (١١٩٨)، والترمذي، (٨٣٧)، والنسائي، (٢٨٨١)، وابن ماجه، (٣٠٨٧).
(٤) الغداف: الغراب، وخص بعضهم به غراب القيظ. انظر: اللسان (٩/ ٢٦٢).
(٥) الغراب الأبقع: الذي في سواد وبياض. انظر: مختار الصحاح (ص ٤٧).
(٦) في المطبوع: «روى أبو يوسف».

فصل [في شرط حل الأكل في الحيوان المأكول]

وَأمّا بيانُ شرطِ حِلِّ الأكلِ في الحيَوانِ المأكولِ فشرطُ حِلِّ الأكلِ في الحيَوانِ المأكولِ البرّيِّ هو الذّكاةُ فلا يَحِلُّ أكلُه بدونِها؛ لقولِه تبارَكَ وتعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ إلى قولِه عَزّ شَأنُه: ﴿وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة:٣] استَثْنَى سبحانه وتعالى المذكيّ [(١)] من المُحَرّمِ، والاستثناءُ من التّحريمِ إباحةٌ.

ثُمّ الكلامُ في الذّكاةِ في الأصلِ في ثلاثةِ مواضِعَ:

في بيانِ رُكنِ الذّكاةِ.

وفي بيانِ شرائطِ الرُّكنِ [١/ ٢٧٨ ب].

وفي بيانِ ما يُسْتَحَبُّ من الذّكاةِ وما يُكرَه منها.

اما الأول فالذّكاةُ نوعانِ: اختياريّةٌ، اضطرارية [(٢)].

أمّا الاختياريّةُ: فرُكنُها الذّبْحُ فيما يُذْبَحُ من الشّاةِ والبقَرةِ ونحوِهما، والنّحْرُ فيما يُنْحَرُ وهو الإبلُ عندَ القُدْرةِ على الذّبحِ، والنّحْرُ لا يَحِلُّ بدونِ الذّبحِ والنّحْرِ؛ لأنّ الحُرْمةَ في الحيَوانِ المأكولِ لمَكانِ الدّمِ المسفوحِ وأنّه لا يَزولُ إلاّ بالذّبحِ والنّحْرِ؛ ولأنّ الشّرعَ إنّما ورَدَ بإحلالِ الطّيّباتِ، قال اللّه تبارَكَ وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة:٤]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] ولا يَطيبُ إلاّ بخُروجِ الدّمِ المسفوحِ وذلك بالذّبحِ والنّحْرِ ولهذا حُرّمَتِ الميْتةُ؛ لأنّ المُحَرّمَ وهو الدّمُ المسفوحُ فيها قائمٌ ولِذا [(٣)] لا يَطيبُ مع قيامِه ولهذا يَفْسُدُ في أدنى مُدّةٍ ما يَفْسُدُ في مثلِها المذبوحُ، وكذا المُنْخَنِقةُ والموقوذةُ والمُتَرَدّيةُ والنّطيحةُ لما قُلْنا.

والذّبحُ هو: فريُ الأوداجِ [(٤)] ومَحَلُّه ما بين اللّبّةِ [(٥)] واللّحْيَيْنِ؛ لقولِ النّبيِّ عليه الصلاة

---

(١) في المخطوط: «الذكاة».

(٢) في المطبوع: «وضَروريّةٌ». (٣) في المخطوط: «وكذا».

(٤) **الأوداج**: مفردها: الودج، عرق في العنق، وهو الذي يقطعه الذابح، فلا تبقى معه حياة. انظر: المعجم الوجيز (ص ٦٦٣).

(٥) **اللبة**: موضع القلادة من العنق. انظر: المعجم الوجيز (ص ٥٤٩).

والسلام: «الذّكاةُ ما بين اللّبَةِ واللحيين [(١)]» [(٢)] أي مَحَلُّ الذّكاةِ ما بين اللّبَةِ واللّحْيَيْنِ.

ورُوِيَ الذّكاةُ في الحلْقِ واللّبّةِ والنّحْرُ فريُ الأوداجِ ومَحَلُّه آخِرُ الحلْقِ، ولو نُحِرَ ما يُذْبَحُ وذُبِحَ ما يُنْحَرُ يَحِلُّ لوجودِ فريِ الأوداجِ ولكنّه يُكرَه؛ لأنّ السُّنّةَ في الإبلِ النّحْرُ وفي غيرِها الذّبْحُ. ألا تَرَى أنّ اللّهَ تعالى ذَكَرَ في الإبلِ النّحْرَ وفي البقَرِ والغنَمِ الذّبْحَ فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر:٢] قِيلَ في التّأويلِ أي: انحَرِ الجزورَ، وقال اللّه عَزّ شَأْنُه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة:٦٧] وقال تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات:١٠٧]، والذِّبْحُ: بمعنى المذبوحِ كالطّحْنِ بمعنى المطْحونِ وهو الكبْشُ الذي فُدِيَ به سَيِّدُنا إسماعيلُ أو سَيِّدُنا إسحاقُ صَلَواتُ اللّه عليهما على اختلافِ أصلِ القِصّةِ في ذلك وكذا النّبيُّ عليه الصلاة والسلام نَحَرَ الإبلَ وذَبَحَ البقر والغنَمَ، فدَلّ أنّ ذلك هو السُّنّةُ.

وذَكَرَ محمّدٌ رحمه الله في الأصلِ وقال: بَلَغَنا أنّ أصحابَ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام ورَضِيَ اللّه عنهم كانوا يَنْحَرونَ الإبلَ قيامًا معقولةَ اليدِ اليُسْرَى فدَلّ ذلك على أنّ النّحْرَ في الإبلِ هو السُّنّةُ؛ لأنّ الأصلَ [في الذّكاةِ] [(٣)] إنّما هو الأسهَلُ على الحيَوانِ، وما فيه نوعُ راحةٍ له فيه فهو أفْضَلُ، لما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام قال: «إنّ اللّهَ تعالى كتَبَ الإحسانَ على كُلِّ شيءٍ فإذا قَتَلْتُم فأحْسِنوا القِتْلَةَ، وإذا ذَبَحْتُم فأحْسِنوا الذِّبحةَ ولْيُحِدّ أحدُكُم شَفرَتَه ولْيُرِحْ ذَبيحَتَه» [(٤)] والأسهَلُ في الإبلِ النّحْرُ لخُلُوِّ لَبّتِها عن اللّحمِ واجتماعِ اللّحمِ فيما سِواه من خَلْفِها، والبقَرُ والغنَمُ جميعُ حَلْقِها لا يختلِفُ.

---

(١) في المطبوع: «اللِّحْيةِ».

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٨٥): «غريب بهذا اللفظ» أي لا أصل له بهذا اللفظ.

فائدة: قول الزيلعي في تخريجه لحديث ما: «غريب بهذا اللفظ» معناه: أن الحديث عنده لا أصل له، والله أعلم. وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٠٧): لم أجده.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) أخرجه مسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، وتحديد الشفرة، برقم (١٩٥٥/ ٥٧)، وأبو داود، برقم (٢٨١٥)، والترمذي، برقم (١٤٠٩)، والنسائي، برقم (٤٤٠٥)، وابن ماجه، برقم (٣١٧٠)، وأحمد (٤/ ١٢٣)، والدارمي، برقم (١٩٧٠) من حديث شداد بن أوس.

فإن قيل: أليس أنّه رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّه قال: نَحَرْنا مع رسولِ اللّه ﷺ البدَنةَ عن سَبْعةٍ والبقَرةَ عن سَبْعةٍ [١]، أي: ونَحَرْنا البقَرةَ عن سَبْعةٍ؛ لأنّه معطوفٌ على الأوّلِ فكان خَبَرُ الأوّلِ خبَرًا للثّاني كقولِنا: جاءَني زيدٌ وعَمْرٌو فالجوابُ: أنّ الذّبْحَ مُضْمَرٌ فيه ومعناه وذَبَحْنا البقَرةَ على عادةِ العرَب في الشّيءِ إذا عُطِفَ على غيرِه وخَبَرُ المعطوفِ عليه لا يحتملُ الوجودَ في المعطوفِ أَوَ لاَ يوجدُ عادةً أنْ يُضْمَرَ المُتعارَفُ والمُعْتادُ؟ كما قال الشّاعِرُ:

ولقيت زوجَك في الوغَى مُتَقَلِّدًا سَيفًا ورُمحا

أي: مُتَقَلِّدًا سَيْفًا، ومُعْتَقِلاً رُمْحًا، وقال آخَرُ: عَلَفْتُها تِبنًا وماءً بارِدًا، أي: عَلَفْتُها تِبنًا وسَقَيْتُها ماءً بارِدًا؛ لأنّ الرُّمْحَ لا يحتملُ التّقَلُّدَ أو لا يُتَقَلّدُ عادةً، والماءُ لا يُعْلَفُ بل يُسْقَى كذا ههنا الذّبْحُ في البقَرِ هو المُعْتادُ فيُضْمَرُ فيه فصار كأنّه قال: نَحَرْنا البدَنةَ وذَبَحْنا البقَرةَ، وهذا الذي ذَكَرْنا قولُ عامّةِ العلماء رضي الله تعالى عنهم [٢].

وقال مالِكٌ رحمه الله: إذا ذَبَحَ البدَنةَ لا تَحِلُّ؛ لأنّ اللّهَ تَبارَكَ وتعالى أمر في البدَنةِ بالنّحْرِ بقولِه عَزّ شَأْنُه: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر:٢] فإذا ذَبَحَ فقد ترك المأمورَ به فلا يَحِلُّ [٣].

و(لنا): ما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**ما أنهرَ الدّمَ وفَرَى** [٤] **الأوداجَ فكُلْ**» [٥]، وبه تَبيّنَ أنّ الأمرَ بالنّحْرِ في البدَنةِ ليس لعَيْنِه بل لإنْهارِ الدّمِ وإفراءِ الأوداجِ وقد

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: الاشتراك في الهدي وإجزاء البقرة والبدنة، برقم (١٣١٨)، وأبو داود، (٢٨٠٩)، والترمذي، (٩٠٤)، وابن ماجه، (٣١٣٢).

(٢) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (٥/ ٤٩٨)، الاختيار(٥/ ١١)، البناية (١٠/ ٦٨٤-٦٨٥).
وفي بيان مذهب الشافعية: أن المستحب في الإبل النحر، وهو قطع اللبة أسفل العنق، وفي البقر والغنم الذبح وهو قطع الحلق أعلى العنق. والمعتبر في الموضعين، قطع الحلقوم والمريء، ولو ذبح الإبل ونحر البقر والغنم حل، ولكنه ترك المستحب وفي كراهته قولان: المشهور أنه لا يكره. انظر: روضة الطالبين (٣/ ٢٠٦-٢٠٧).

(٣) **في بيان مذهب المالكية:** أما الإبل فإن رسول الله ﷺ نحرها ولا يحفظ عن أحدٍ فيها الذبح. انظر: المدونة (١/ ٤٢٧ - ٤٢٨)، والتفريع (١/ ٤٠٢)، الرسالة (ص ١٨٥).

(٤) في المخطوط: «أفرى».

(٥) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٨/ ٢١١) برقم (٧٨٥١) من حديث أبي مسعود عقبة بن عمرو، وسنده ضعيف لضعف يحيى بن أيوب وابن زحر وعلي بن يزيد.

وُجِدَ ذلك ولا بَأسَ [بالذبح] [١] في الحلْقِ كُلِّه أسفَلِه أو أوسَطِه أو أعلاه؛ لقولِه عليه الصلاة والسلام: «الذّكاةُ ما بين اللبّةِ واللّحيَيْنِ» [٢]، وقولِه عليه الصلاة والسلام: «الذّكاةُ في الحلقِ واللبّةِ» [٣] من غيرِ فصلٍ؛ ولأنّ المقصودَ إخراجُ الدّمِ المسفوحِ وتطييبُ اللّحمِ، وذلك يَحصُلُ بقَطْعِ الأوداجِ في الحلْقِ كُلِّه.

ثمّ الأوداجُ أربعةٌ: الحُلْقومُ، والمريءُ، والعِرْقانِ اللّذانِ بينهما الحُلْقومُ والمريءُ، فإذا فرَى ذلك كُلّه فقد أتَى بالذّكاةِ بكَمالِها وسُنَنِها.

وإنْ فرَى البعضَ دونَ البعضِ فعندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه إذا قَطَعَ أكثَرَ الأوداجِ وهو ثلاثةٌ منها أيُّ ثلاثةٍ كانت وترك واحدًا يَحِلُّ.

وقال [١/٢٧٩ ب] أبو يوسفَ رحمه الله: لا يَحِلُّ حتّى يُقْطَعَ الحُلْقومُ والمريءُ وأحدُ العِرْقَيْنِ.

وقال محمّدٌ رحمه الله: لا يَحِلُّ حتّى يُقْطَعَ من كُلِّ واحدٍ من الأربعةِ أكثَرُه [٤].

وقال الشافعيُ رحمه الله: إذا قُطِعَ الحُلْقومُ والمريءُ حُلّ إذا استوْعِبَ قَطْعُهما [٥].

وَجْهُ قولِ الشّافعيِّ رضي الله عنه: أنّ الذّبْحَ إزالةُ الحياةِ والحياةُ لا تَبْقَى بعدَ قَطْعِ الحُلْقومِ والمريءِ عادةً وقد تَبْقَى بعدَ قَطْعِ الودَجَيْنِ إذْ هما عِرْقانِ كسائرِ العُروقِ، والحياةُ تَبْقَى بعدَ قَطْعِ عِرْقَيْنِ من سائرِ العُروقِ.

ولنا: أنّ المقصودَ من الذّبْحِ إزالةُ المُحَرّمِ وهو الدّمُ المسفوحُ ولا يَحْصُلُ إلاّ بقَطْعِ الأوداجِ.

وَجْهُ قولِ محمّدٍ عليه الرّحمةُ: أنّه إذا قُطِعَ الأكثَرُ من كُلِّ واحدٍ من الأربعةِ فقد حَصَلَ المقصودُ بالذّبْحِ وهو خُروجُ الدّمِ؛ لأنّه يُخرِجُ ما يَخْرُجُ بقَطْعِ الكُلِّ.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) لا أصل له.

(٣) ضعيف: أورده ابن حجر في «الدراية»، (٢/ ٢٠٧)، وعزاه للدارقطني من حديث أبي هريرة، ولعبد الرزاق عن عمر مثله موقوفًا وعن ابن عباس كذلك.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر القدوري (ص ٩٩)، مختصر الطحاوي (ص ٢٩٥)، المبسوط (١٢/ ٢، ٣)، الاختيار (٥/ ١١)، البناية (١٠/ ٦٦٤-٦٦٦).

(٥) مذهب الشافعية: أنه لابد من قطع الحلقوم والمريء حتى تحل الذبيحة، ويستحب معها قطع الودجين ولو تركها جاز. انظر: الأم (٢/ ٢٣٦-٢٣٧)، الوسيط (٧/ ١٤٢)، التنبيه (ص ٥٩)، الروضة (٣/ ٢٠٢)، المنهاج (ص ١٤٠)، نهاية المحتاج (٨/ ١١١)، الغاية القصوى (٢/ ٩٧٤).

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ كُلّ واحدٍ من العُروقِ يُقصَدُ بقَطْعِه غيرُ ما يُقْصَدُ به الآخَرُ؛ لأنّ الحُلْقومَ مجرَى النَّفَسِ، والمريءَ مجرَى الطّعامِ، والودَجَيْنِ مجرَى الدّمِ فإذا قُطِعَ أحدُ الودَجَيْنِ حَصَلَ بقَطْعِه المقصودُ منهما وإذا تُرِكَ الحُلْقومُ لم يَحْصُلْ بقَطْعِ ما سِواه المقصودُ منه، ولِذلك اختَلَفا.

ولأبي حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - أنّه قَطَعَ الأكثَرَ من العُروقِ الأربعةِ وللأكثَرِ حُكمُ الكُلِّ فيما بُنِيَ على التّوْسِعةِ في أُصولِ الشّرعِ، والذّكاةُ بُنيَتْ على التّوْسِعةِ حيثُ يُكتَفَى فيها بالبعضِ بلا خلافٍ بين الفقهاءِ وإنّما اختَلَفوا في الكيْفيّةِ فيُقامُ الأكثَرُ فيها مقامَ الجميعِ، وَلو ضَرَبَ عُنُقَ جَزورٍ أو بقَرةٍ أو شاةٍ بسَيْفِه وأبانَها وسَمّى فإنْ كان ضَرَبَها من قِبَلِ الحُلْقومِ تُؤْكل وقد أساءَ.

أمّا حِلُّ الأكلِ؛ فلأنّه أتَى بفعلِ الذّكاةِ وهو قَطْعُ العُروقِ.

وأمّا الإساءةُ؛ فلأنّه زادَ في ألَمِها زيادةً لا يُحْتاجُ إليها في الذّكاةِ فيُكرَه ذلك.

وإنْ ضَرَبَها من القفا فإنْ ماتتْ قبل القطْعِ بأنْ ضَرَبَ على التّأنّي والتّوقُّفِ لا تُؤْكَلُ؛ لأنّها ماتتْ قبل الذّكاةِ فكانت مَيْتةً.

وإنْ قَطَعَ العُروقَ قبل موتِها تُؤْكل لوجودِ فعلِ الذّكاةِ وهي حَيّةٌ إلاّ أنّه يُكرَه ذلك؛ لأنّه زادَ في ألَمِها من غيرِ حاجةٍ.

وإنْ أمضَى فعلَه من غيرِ تَوَقُّفٍ تُؤْكَلُ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّ موتَها بالذّكاةِ.

وَعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا ذَبَحَ بالمروةِ أو بليطةِ [1] القصَب أو بشِقّةِ العصا أو غيرِها من الآلاتِ التي تقطَعُ أنّه يَحِلُّ لوجودِ معنى الذّبحِ وهو فريُ الأوداجِ.

وجملةُ الكلامِ فيه أنّ الآلةَ على ضَرْبينِ:

آلةٌ تقطَعُ، وآلةٌ تَفْسَخُ.

والتي تقطَعُ نوعانِ: حادّةٌ، وكَليلةٌ.

أمّا الحادّةُ: فيجوزُ الذّبحُ بها، حَديدًا كانت أو غيرَ حَديدٍ والأصلُ في جَوازِ الذّبحِ بدونِ الحديدِ ما رُوِيَ عن عَديِّ بنِ حاتمٍ رضي الله عنه أنّه قال: قُلْت يا رسول اللّه، أرأيتَ

---

(١) الليط: قشر القصب اللازق به. انظر: الفائق (٣/ ٣٣٩).

أحدَنا أصابَ صَيْدًا وليس معه سِكِّينٌ أيُذَكِّي بمروةٍ أو بشِقّةِ العصا؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «أنْهِرِ الدّمَ بما شئت واذْكُرِ اسمَ اللّه تعالى» [١].

وروِيَ: أنّ جاريةً لكعب بنِ مالِكٍ رضي الله عنه ذَبَحَتْ شاةً بمروةٍ فسألَ كعْبٌ رسول اللّه ﷺ عن ذلك فأمر بأكلِها [٢]؛ ولأنّه يجوزُ بالحديدِ والجوازُ ليس لكَوْنِه من جِنْسِ الحديدِ بل لوجودِ معنى الحديدِ بدَليلِ أنّه لا يجوزُ بالحديدِ الذي لا حَدّ له فإذا وُجِدَ معنى الحدِّ في المروةِ واللِّيطةِ جاز الذّبْحُ بهما.

وأمّا الكليلةُ فإنْ كانت تقطَعُ يجوزُ لحُصولِ معنى الذّبْحِ، لكنّه يُكرَه لما فيه من زيادةِ إيلامٍ لا حاجةَ إليها، ولهذا أمر رسولُ اللّه ﷺ بتَحْديدِ الشّفْرةِ وإراحةِ الذّبيحةِ؛ وكذلك إذا ذَبح بظُفْرٍ مَنْزوعٍ أو سِنٍّ مَنْزوعٍ جاز الذّبْحُ بهما ويُكرَه [٣].

وقال الشافعيُ رحمه الله: لا يجوزُ [٤] واحتَجّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**أنْهِرِ الدّمَ بما شئت إلّا ما كان من سِنٍّ أو ظُفرٍ فإنّ الظُّفرَ مُدَى الحبَشةِ والسِّنّ عَظْمٌ من الإنسانِ**» [٥] استَثْنَى عليه الصلاة والسلام الظُّفرَ والسِّنّ من الإباحةِ، والاستثناءُ من الإباحةِ يكونُ حَظْرًا وعَلَّلَ عليه الصلاة والسلام بكَوْنِ الظُّفرِ مُدَى الحبَشةِ وكَوْنِ السِّنِّ عَظْمَ الإنسانِ، وهذا خرج مَخْرَجَ الإنْكارِ.

ولنَا: أنّه لَمّا [٦] قَطَعَ الأوداجَ فقد وُجِدَ الذّبْحُ بهما فيجوزُ كما لو ذَبَحَ بالمروةِ وليطةِ القصَب.

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الأضاحي، باب في الذبيحة بالمروة، برقم (٢٨٢٤)، والنسائي، برقم (٤٣٠٤)، وابن ماجه، برقم (٣١٧٧)، من حديث عدي بن حاتم. والحديث صححه الألباني في «صحيح ابن ماجه»، برقم (٢٥٧٣)، و«صحيح أبي داود»، برقم (٢٤٥٠).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب ذبيحة المرأة والأمة، برقم (٥٥٠٤)، وابن ماجه، برقم (٣١٨٢)، وابن حبان (١٣/ ٢١١) برقم (٥٨٩٢) من حديث ابن كعب بن مالك، عن أبيه.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر القدوري (ص ٩٩)، المبسوط (١٢/ ٢)، رؤوس المسائل (ص ٥١٣)، الدر المختار (٦/ ٢٩٦)، تكملة فتح القدير (٩/ ٤٩٥).

(٤) وفي بيان مذهب الشافعية: أن السن والظفر لا يحل به الذبح سواء كان متصلا بالشخص أو منفصلاً. انظر: الأم (٢/ ٢٣٦)، الوسيط (٧/ ١١٢)، التنبيه (ص ٥٩).

(٥) أخرجه البخاري مطولاً في كتاب: الشركة، باب: قسمة الغنائم، برقم (٢٤٨٨)، وكذا مسلم، كتاب: الأضاحي، باب: جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن، برقم (١٩٦٨)، وأبو داود، (٢٨٢١)، والترمذي مختصرًا، (١٤٩١)، وكذا النسائي، (٤٤٠٤)، من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.

(٦) في المخطوط: «متى».

وأمّا الحديثُ فالمُرادُ السِّنُّ القائمُ والظُّفْرُ القائمُ ؛ لأنّ الحبَشةَ إنّما كانت تَفعَلُ ذلك لإظهارِ الجلادةِ وذاكَ بالقائمِ لا بالمنزوعِ.

والدليلُ عليه: أنّه رُوِيَ في بعضِ الرِّواياتِ : «إلّا ما كان قَرْضًا بسِنٍّ أو حَزًّا بظُفرٍ»، والقرضُ إنّما يكونُ بالسِّنِّ القائمِ.

وأمّا الآلةُ التي تَفْسَخُ فالظُّفْرُ القائمُ والسِّنُّ القائمُ ولا يجوزُ الذّبْحُ بهما بالإجماعِ.

ولو ذَبَحَهما كان مَيْتةً للخَبَرِ الذي رَوَيْنا ولأنّ الظُّفْرَ والسِّنّ إذا لم يكنْ مُنْفَصِلًا فالذّابحُ يعتَمِدُ على الذّبيحِ فيُخْنَقُ ويَنْفَسِخُ فلا يَحِلُّ [١/ ٢٨٠أ] أكلُه حتّى قالوا : لو أخذ غيرُه يَدَه فأمَرّ يَدَه كما أمَرّ السِّكّينَ وهو ساكِتٌ يجوزُ ويَحِلُّ أكلُه.

وَعلى هذا يَخْرُجُ الجنينُ إذا خرج بعدَ ذَبْحِ أُمِّه أنه إنْ خرج حَيًّا فذَكيٌّ يَحِلُّ، وإنْ مات قبل الذّبْحِ لا يُؤْكَلُ بلا خلافٍ وإنْ خرج مَيّتًا فإنْ لم يكنْ كامِلَ الخلقِ لا يُؤْكَلُ أيضًا في قولِهم جميعًا ؛ لأنّه بمعنى المُضْغةِ.

وإنْ كان كامِلَ الخلقِ اختُلِفَ فيه قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه : لا يُؤْكَلُ وهو قولُ زُفَرَ والحسَنِ بنِ زيادٍ رحمهم الله [١].

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ والشّافعيُّ رحمهم الله : لا بَأسَ بأكلِه [٢] واحتَجّوا بقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام : «ذكاة الجنين ذكاة أمه» [٣]، أي ذَكاةُ الجنينِ بذَكاةِ أُمِّه، فيقتَضي أنّه يتذَكّى بذَكاةِ أُمِّه ولأنّه تبَعٌ لأُمِّه حقيقةً وحُكمًا.

أمّا الحقيقةُ فظاهرٌ، وأمّا الحُكمُ ؛ فلأنّه يُباعُ ببيعِ الأُمِّ ويُعْتَقُ بعِتْقِها والحُكمُ في التّبَعِ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية : مختصر القدوري (ص ٩٩)، المبسوط (١٢/ ٦)، رؤوس المسائل (ص ٥١١)، تكملة فتح القدير (٩/ ٤٩٨)، الاختيار (٥/ ١٣)، البناية (١٠/ ٦٨٥- ٦٨٦).

(٢) مذهب الشافعية : أن الجنين الذي يوجد ميتًا في بطن أمه المذكاة فإنه حلال، سواء أشعر أم لا. انظر : الأم (٢/ ٢٣٣)، المنهاج (ص ١٤٣)، الروضة (٣/ ٢٧٩).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين، برقم (٢٨٢٧)، والترمذي، برقم (١٤٧٦)، وابن ماجه، برقم (٣١٩٩)، وعبد الرزاق (٤/ ٥٠٢) برقم (٨٦٥٠)، وابن الجارود في «المنتقى» برقم (٩٠٠)، وأبو يعلى (٢/ ٢٧٨) برقم ٩٩٢)، والدارقطني (٤/ ٢٧٢) برقم ٢٦، ٢٨)، والبيهقي (٩/ ٣٣٥) من حديث أبي سعيد الخدري، وحسنه الترمذي وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه، برقم (٢٥٩٠).

يَثْبُتُ بعِلّةِ الأصلِ ولا يُشْتَرَطُ له عِلّةٌ على حِدةٍ لئلاّ يَنْقَلِبَ التّبَعُ أصلاً.

ولأبي حنيفةَ قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾ [المائدة:٣] والجنينُ مَيْتةٌ؛ لأنّه لا حَياةَ فيه والميْتةُ ما لا حَياةَ فيه فيدخلُ تحت النّصّ.

فإنْ قِيلَ: الميْتةُ اسمٌ لزائلِ الحياةِ فيَسْتَدْعي تَقَدُّمَ الحياةِ وهذا لا يُعْلَمُ في الجنينِ فالجوابُ أنّ تَقَدُّمَ الحياةِ ليس بشرطٍ لإطلاقِ اسمِ الميِّتِ، قال اللّه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَكُنتُمْ أَمْوَٰتًا فَأَحْيَٰكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ ثُمَّ يُحْيِيكُمْ﴾ [البقرة:٢٨] على أنّا إنْ سَلّمْنا ذلك فلا بَأسَ به؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنّه كان حَيًّا فمات بموتِ الأُمِّ ويُحْتَمَلُ أنّه لم يكنْ فيُحَرّمُ احتياطًا؛ ولأنّه أصلٌ في الحياة فيكونُ (أصلاً) [١] في الذّكاةِ.

والدّليلُ على أنه أصلٌ في الحياةِ أنّه يُتَصَوّرُ بقاؤُه حَيًّا بعدَ ذَبْحِ الأُمِّ، ولو كان تَبَعًا للأُمِّ في الحياةِ لَما تُصوِّرَ بقاؤُه حَيًّا بعدَ زوالِ الحياةِ عن الأُمِّ وإذا كان أصلاً في الحياةِ يكونُ أصلاً في الذّكاةِ؛ لأنّ الذّكاةَ تَفْويتُ الحياةِ ولأنّه إذا تُصوِّرَ بقاؤُه حَيًّا بعدَ ذَبْحِ الأُمِّ لم يكنْ ذَبْحُ الأُمِّ سببًا لخُروجِ الدّمِ عنه؛ إذْ لو كان لَما تُصوِّرَ بقاؤُه حَيًّا بعدَ ذَبْحِ الأُمِّ إذِ الحيَوانُ الدّمَويُّ لا يَعيشُ بدونِ الدّمِ [٢] عادةً فبقيَ الدّمُ المسفوحُ فيه، ولهذا إذا جُرِحَ يَسيلُ منه الدّمُ، وأنّه حُرِّمَ [٣] بقولِه سبحانه وتعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾ [الأنعام:١٤٥]، وقولُه عَزّ شأنُه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾ [المائدة:٣] ولا يُمْكِنُ التّمْييزُ بين لَحمِه ودَمِه فيَحْرُمُ لَحمُه أيضًا.

وأمّا الحديثُ: فقد رُوِيَ بنصبِ الذّكاةِ الثّانيةِ معناه: كذَكاةِ أُمِّه إذِ التّشْبيه قد يكونُ بحَرْفِ التّشْبيه وقد يكونُ بحَذْفِ حَرْفِ التّشْبيه، قال اللّه تعالى: ﴿وَهِىَ تَمُرُّ مَرَّ ٱلسَّحَابِ﴾ [النمل:٨٨] [أي: كمرِّ السحاب] [٤]، وقال عَزّ شأنُه ﴿يَنظُرُونَ إِلَيْكَ نَظَرَ ٱلْمَغْشِىِّ عَلَيْهِ مِنَ ٱلْمَوْتِ﴾ [محمد:٢٠] أي كنَظَرِ المغْشيِّ عليه، وهذا حُجّةٌ عليكُم؛ لأنّ تَشْبيهَ ذَكاةِ الجنينِ بذَكاةِ أُمِّه يقتَضي استِواءَهما في الافتِقارِ إلى الذّكاةِ، ورِوايةُ الرّفْعِ (تحتمِلُ التّشْبيهَ أيضًا قال اللّه

---

(١) في المطبوع: «له أصل».
(٢) في المخطوط: «الأم».
(٣) في المخطوط: «حرام».
(٤) زيادة من المخطوط.

سبحانه وتعالى: ﴿وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا ٱلسَّمَوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ﴾ [آل عمران: ١٣٣] أي: عَرْضُها كعَرْضِ السّمواتِ) [١] فيكونُ حُجّةً عليكُم.

ويُحْتَمَلُ الكِنايةُ [٢] كما قالوا: فلا تكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ مع أنّه من أخبارِ الآحادِ ورَدَ فيما تَعُمُّ به البلْوَى وأنّه دَليلُ عَدَمِ الثُّبوتِ؛ إذْ لو كان ثابتًا لاشتَهَرَ، وَإذا خرجتْ من الدّجاجةِ الميِّتةِ بيضةٌ تُؤْكَلُ عندَنا سَواءٌ اشتَدّ قِشْرُها أو لم يشتدّ، وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله إنِ اشتَدّ قِشْرُها تُؤْكَلُ، وإلاّ فلا.

وَجْهُ قولِه: أنّه إذا لم يشتدّ قِشْرُها فهي من أجزاءِ الميْتةِ، فتَحْرُمُ بتَحْريمِ الميْتةِ وإذا اشتَدّ قِشْرُها فقد صار شيئًا آخرَ وهو مُنْفَصِلٌ (عن الدّجاجةِ) [٣] فيَحِلُّ.

ولنا: أنّه شيءٌ طاهرٌ في نفسِه مودَعٌ في الطَّيْرِ مُنْفَصِلٌ عنه ليس من أجزائه فتَحْريمُها لا يكونُ تَحْريمًا له كما إذا اشتَدّ قِشْرُها.

وَلو ماتتْ شاةٌ وخرج من ضَرْعِها لبنٌ يُؤْكَلُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا يُؤْكَلُ و[هو قولُ الشّافعيِّ رحمهم الله جميعًا إلاّ أنّ] [٤] عندَ الشّافعيِّ لا يُؤْكَلُ لكَوْنِه مَيْتةً وعندَهما لا يُؤْكَلُ لنَجاسةِ الوِعاءِ.

ولأبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ قولُه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَإِنَّ لَكُمْ فِي ٱلْأَنْعَٰمِ لَعِبْرَةً نُّسْقِيكُم مِّمَّا فِي بُطُونِهِۦ مِنۢ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَّبَنًا خَالِصًا سَآئِغًا لِّلشَّٰرِبِينَ﴾ [النحل: ٦٦] والاستِدْلالُ بالآيةِ من وجوهٍ:

أحدها: أنّه وصَفَه بكَوْنِه خالِصًا فيقتَضي أنْ لا يَشوبَه شيءٌ من النّجاسةِ.

والثّاني: أنّه سبحانه وتعالى وصَفَه بكَوْنِه سائغًا للشّاربينَ والحرامُ لا يَسوغُ للمسلمِ.

والثّالِث: أنّه سبحانه وتعالى مَنّ علينا بذلك إذِ الآيةُ خرجتْ مَخْرَجَ المِنّةِ، والمِنّةُ بالحلالِ لا بالحرامِ.

وعلى هذا الخلافِ الإنْفَحةُ إذا كانت مائعةً وإنْ كانت صُلْبةً فعندَ أبي حنيفةَ رحمه الله: تُؤْكَلُ وتُسْتعملُ في الأدويةِ كُلِّها، وعندَهما يُغْسَلُ ظاهرُها وتُؤْكَلُ، وعندَ الشّافعيِّ لا تُؤْكَلُ أصلاً.

---

(١) في المخطوط: «والخفض».

(٢) في المخطوط: «النيابة».

(٣) في المخطوط: «من الميتة».

(٤) ليست في المخطوط.

وأمّا الاضطِراريّةُ: فرُكنُها العقرُ وهو الجرْحُ في أيِّ موضِعٍ كان وذلك في الصّيْدِ وما هو في معنى الصّيْدِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الذّبْحَ إذا لم يكنْ مقدورًا - ولا بُدّ من إخراج الدّمِ لإزالةِ المُحَرّمِ وتطييب اللّحمِ وهو الدّمُ المسفوحُ على ما بيّنّا فيُقامُ سببُ الخُرُوجِ [1] مقامَه وهو الجرْحُ على الأصلِ المعهودِ في الشّرعِ من إقامةِ السّبَب مقامَ المُسَبِّب عندَ العُذْرِ [١/ ٢٨٠ ب] والضّرورةِ كما يُقامُ السّفَرُ مقامَ المشَقّةِ، والنّكاحُ مقامَ الوطْءِ، والنومُ مُضْطَجِعًا أو مُتَوَرِّكًا مقامَ الحدَثِ، ونحوُ ذلك.

وكذلك ما نَدّ من الإبلِ والبقَرِ والغنَمِ بحيثُ لا يقدِرُ [عليها صاحِبُها] [2]؛ لأنّها بمعنى الصّيْدِ وإنْ كان مُسْتَأنسًا.

وقد رُوِيَ: أنّ بَعيرًا نَدّ [3] على عهدِ رسولِ اللّه ﷺ فرَماه رجلٌ فقتَلَه، فقال رسولُ اللّه ﷺ: «**إنّ لهذه الإبلِ أوابدَ كأوابدِ الوحشِ فإذا (غَلَبَكُم منها شيءٌ)** [4] **فاصْنَعوا به** [5] **هكذا**» [6]، وسَواءٌ نَدّ البعيرُ والبقَرُ في الصّحْراءِ أو في المِصْرِ فذَكاتُهما العقرُ كذا رُوِيَ عن محمّدٍ؛ لأنّهما يَدْفَعانِ عن أنفُسِهما فلا يُقْدَرُ عليهما.

قال محمّد: والبعيرُ الذي نَدّ على عهدِ رسولِ اللّه ﷺ كان بالمدينةِ فدَلّ أنّ نَدّ البعيرِ في الصّحْراءِ والمِصْرِ سَواءٌ في هذا الحُكمِ.

وأمّا الشّاةُ فإنْ نَدّتْ في الصّحْراءِ فذَكاتُها العقرُ؛ لأنّه لا يُقْدَرُ عليها.

وإنْ نَدّتْ في المِصْرِ لم يَجز عقرُها؛ لأنّه يُمْكِنُ أخذُها إذْ هي لا تَدْفَعُ عن نفسِها فكان الذّبْحُ مقدورًا عليه فلا يجوزُ العقرُ وهذا؛ لأنّ العقرَ خَلَفٌ من [7] الذّبْحِ والقُدْرةُ على الأصلِ تمنَعُ المصيرَ إلى الخلَفِ كما في التُّراب مع الماءِ والأشهرِ مع الأقراءِ وغيرِ ذلك.

وكذلك ما وقَعَ منها في قَليبٍ فلم يُقْدَرْ على إخراجِه ولا على مَذْبَحِه ولا مَنْحَرِه فإنّ ذَكاتَه ذَكاةُ الصّيْدِ لكَوْنِه في معناه لتَعَذُّرِ الذّبْحِ والنّحْرِ.

وذُكِرَ في المُنْتَقَى في البعيرِ إذا صالَ على رجلٍ فقتَلَه وهو يُريدُ الذّكاةَ حَلّ أكلُه إذا كان

---

(١) في المطبوع: «الذبح».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ند البعير: نفر وشرد. انظر: المعجم الوجيز (ص ٦٠٨).
(٤) في المخطوط: «صَنَعَتْ هكذا».
(٥) في المخطوط: «بها».
(٦) انظر ما قبله.
(٧) في المخطوط: «عن».

لا يقدِرُ على أخذِه وضَمِنَ قيمَتَه؛ لأنّه إذا كان لا يقدِرُ على أخذِه صار بمنزلةِ الصّيْدِ [فجعل الصّيالَ منه كنَدِّه؛ لأنّه يعجزُ عن أخذِه فيعجَزُ عن نحرِه فيُقامُ الجرْحُ فيه مقامَ النّحْرِ كما في الصّيْدِ] [١] ثُمّ لا خلافَ في الاصْطيادِ بالسّهْمِ والرُّمْحِ والحجَرِ والخشَب ونحوِها أنّه إذا لم يَجْرَحْ لا يَحِلُّ.

واصلُه ما رُوِيَ: أنّ رسول اللّه ﷺ سُئِلَ عن صَيْدِ المِعْراضِ فقال عليه الصلاة والسلام: «**إذا خَرَقَ فكُلْ وإنْ أصابَه بعَرَضٍ فلا تَأكُلْ فإنّه وقيذٌ**» [٢].

وأمّا الاصْطيادُ بالجوارِحِ من الحيَواناتِ إمّا بنابٍ كالكلب والفهْدِ ونحوِهما، وإمّا بالمِخْلَب [٣] كالبازي والشّاهينِ ونحوِهما فكذلك في الرّوايةِ المشْهورةِ أنّه إذا لم يَجْرَحْ لا يَحِلُّ حتّى لو خَنَقَ أو صَدَمَ ولم يَجْرَحْ ولم يَكسِرْ عُضْوًا منه لا يَحِلُّ في ظاهرِ الرّوايةِ ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ أنّه يَحِلُّ.

وَجهُ هذه الروايةِ: أنّ الكلبَ يأخُذُ الصّيْدَ على حَسْب ما يَتّفِقُ له فقد يَتّفِقُ له الأخذُ بالجرْحِ وقد يَتّفِقُ بالخنْقِ والصّدْم والحالُ حالُ الضّرورةِ فيوَسّعُ الأمرُ فيه ويُجْعَلُ الخنْقُ والصّدْمُ كالجرْحِ كما وُسّعَ (في الذّبْحِ) [٤].

وَجهُ ظاهرِ الروايةِ: قوله تعالى: ﴿يَسْئَلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۙ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] أي: وأُحِلَّ لكم ما علَّمتم من الجوارح وهي من الجِراحةَ فيقتَضي اعتِبارَ الجرْحِ ولأنّ الرُّكنَ هو إخراجُ الدّمِ وذلك بالذّبْحِ في حالِ القُدْرةِ وفي حالِ العجْزِ أُقيمَ الجرْحُ مقامَه؛ لكَوْنِه سببًا في خُروجِ الدّمِ ولا يوجدُ ذلك في الخنْقِ.

وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ [أنه قال] [٥] في صَيْدِ المِعْراضِ: «**إذا خَرَقَ فكُلْ، وإنْ أصابَ بعَرْضِه فلا تَأكُلْ فإنّه وقيذٌ**» [٦]، ورُوِيَ أنّه عليه الصلاة والسلام قال: «ما

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: تفسير المشتبهات، برقم (٢٠٥٤)، ومسلم، برقم (١٩٢٩/ ١-٣)، وأبو داود، برقم (٢٨٥٤)، والترمذي برقم (١٤٧١)، والنسائي، برقم (٤٢٦٤)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٢)، من حديث عدي بن حاتم.

(٣) في المخطوط: «بمخلب الطير».

(٤) في المخطوط: «فجعل الجرح كالذبح».

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) سبق تخريجه.

أَصَبْتَ بِعَرْضِه فلا تَأكُلْ فإنه وقيذٌ وما أصَبْت بحَدِّه فكُلْ»[(١)] أرادَ عليه الصلاة والسلام الحِلّ والحُرْمَةَ على الجرْحِ وعَدَمِ الجرْحِ، وسَمّى عليه الصلاة والسلام غيرَ المجروحِ وقيذًا أو أنّه حَرامٌ بقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَٱلْمَوْقُوذَةُ﴾ [المائدة:٣] ولأنّها مُنْخَنِقةٌ وأنّها مُحَرّمةٌ بقولِه عَزّ وجَلّ ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ﴾ [المائدة:٣] فإنْ لم يَجْرَحْه ولم يَخْنُقْه ولكنّه كسَرَ عُضْوًا منه فمات فقد ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّه لم يُحْكَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله فيه شيءٌ مُصَرَّحٌ.

وذَكرَ محمدٌ في الزّياداتِ: وأطْلَقَ أنّه إذا لم يُجْرَحْ لم يُؤْكل وهذا الإطلاقُ يقتَضي أنّه لا يَحِلُّ بالكسْرِ.

وقال ابو يوسف: إذا جَرَحَ بنابٍ أو مِخْلَبٍ أو كسَرَ عُضْوًا فقَتَلَه فلا بَأسَ بأكلِه فقد جعل الكسْرَ كالجرح.

وجه قوله أن الكسر جِراحةَ باطِنِه فيُلْحقُ بالجِراحةِ الظاهرة في حُكمٍ بُنيَ على الضّرورةِ والعُذْرِ. وَجْهُ رِوايةِ محمّدٍ رحمه الله: وهي الصّحيحةُ أنّ الأصلَ هو الذّبْحُ وإنّما أُقيمَ الجرْحُ مقامَه في كونِه سببًا لخُروجِ الدّمِ، وذلك لا يوجدُ في الكسْرِ فلا يُقامُ مقامَه؛ ولهذا لم يَقُمِ الخنْقُ مقامَه وقد قالوا: إذا أصابَ السّهْمُ ظِلْفَ الصّيْدِ فإنْ وصَلَ إلى اللّحمِ فأدماه حَلّ وإلاّ فلا، وهذا تَفْريعٌ على رِوايةِ اعتِبارِ الجرْحِ.

وَلو ذَبَحَ شاةً ولم يَسِلْ منها دَمٌ قِيلَ: وهذا قد يكونُ في شاةٍ[(٢)] اعتَلَفَتِ العُنّابَ.

اختلف المشايخ فيه:

قال أبو القاسِمِ الصّفّارُ رحمه الله: لا تُؤْكَلُ لقولِه عليه الصلاة والسلام: «**ما فرَى الأوداجَ وأنهَرَ الدّمَ فكُلْ**»[(٣)] (يُؤْكَلُ بشرطِ)[(٤)] إنْهارِ الدّمِ ولم يوجدْ؛ ولأنّ الذّبْحَ لم يُشْرَطْ

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الذبائح والصيد، باب: صيد المعراض، برقم (٥٤٧٦)، ومسلم، كتاب: الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب: الصيد بالكلاب المعلمة، برقم (١٩٢٩)، وأبو داود، (٢٨٥٤)، والترمذي، (١٤٧١)، والنسائي، (٤٢٦٤)، وابن ماجه (٣٢١٤).

(٢) في المخطوط: «الشاة».

(٣) موقوف منقطع: أخرجه بنحوه مالك في «الموطأ»، كتاب: الذبائح، باب: ما يجوز من الزكاة في حال الضرورة، برقم (١٠٥٨)، والانقطاع بين ثور بن زيد وعبد الله بن عباس.

(٤) في المخطوط: «شرط».

لعَيْنِه بل لإخراجِ الدّمِ المُحَرّمِ وتطييب اللّحمِ ولم يوجدْ فلا يَحِلُّ.

وقال أبو بَكرٍ الإسكافُ [١/ ٢٨١ أ]، والفقيه أبو جَعْفَرٍ الهِنْدوانيُّ رحمهما الله: يُؤْكَلُ لوجودِ الذّبْحِ، وهو فريُ الأوداجِ، وإنّه سببٌ لخُروجِ الدّمِ عادةً، لكنّه امتَنَعَ لعارِضٍ بعدَ وجودِ السّبَب، فصار كالدّمِ الذي احتُبسَ في بعضِ العُروقِ عن الخُروجِ بعدَ الذّبْحِ، وذا لا يمْنَعُ الحِلّ كذا هذا.

وَعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا قَطَعَ من أليةِ الشّاةِ قِطْعةً، أو من فخِذِها أنّه لا يَحِلُّ المُبانُ وإنْ ذُبحَتِ الشّاةُ بعدَ ذلك؛ لأنّ حُكمَ الذّكاةِ لم يَثْبُتْ في الجزءِ المُبانِ وقتَ الإبانةِ؛ لانعِدامِ ذَكاةِ الشّاةِ؛ لكَوْنِها حَيّةً وقتَ الإبانةِ، وحالَ فواتِ الحياةِ كان الجزءُ مُنْفَصِلاً، وحُكمُ الذّكاةِ لا يَظْهَرُ في الجزءِ المُنْفَصِلِ.

ورُوِيَ أنّ أهلَ الجاهليّةِ كانوا يفعلون ذلك، فكانوا يقطَعونَ قِطْعةً من أليةِ الشّاةِ ومن سَنامِ البعيرِ، فيأكلونَها، فلَمّا بُعِثَ النّبيُّ المُكَرّمُ عليه الصلاة والسلام نَهاهم عن ذلك، فقال عليه الصلاة والسلام: «ما أُبينَ من الحيّ فهو مَيّتٌ»[١]، [وروي: «ما بان من الحيّ فهو ميت»، وروي: «ما بان من حيّ فهو ميت»][٢] والجزءُ المقطوعُ[٣] مُبانٌ من حَيٍّ، وبائنٌ منه، فيكونُ مَيّتًا، وكذلك إذا قُطِعَ ذلك من صَيْدٍ لم يُؤْكَلِ المقطوعُ، وإنْ مات الصّيْدُ بعدَ ذلك لما قُلْنا.

وقال الشّافعيُ رحمه الله: يُؤْكَلُ إذا مات الصّيْدُ بذلك، وسَنَذْكُرُ المسألةَ إنْ شاء اللّه تعالى وإنْ قُطِعَ فتَعَلّقَ العُضْوُ بجِلْدِه لا يُؤْكَلُ؛ لأنّ ذلك القدرَ من التّعلُّقِ لا يُعْتَبَرُ، فكان وجودُه والعدَمُ بمنزلةٍ [واحدةٍ][٤]، وإنْ كان مُتَعَلِّقًا باللّحمِ يُؤْكَلُ الكُلُّ؛ لأنّ العُضْوَ

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ وإنما وجدته بلفظ: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة». أخرجه أبو داود، كتاب الصيد، باب إذا قطع من الصيد قطعة، برقم (٢٨٥٨)، والترمذي برقم (١٤٨٠)، وابن الجارود في «المنتقى» (ص٢٢١ برقم ٨٧٦)، والحاكم (٤/ ١٣٧) برقم (٧١٥٠)، والبيهقي (١/ ٢٣) برقم (٧٨)، والدارقطني (٤/ ٢٩٢) برقم (٨٣)، وأبو يعلى (٣/ ٣٦) برقم (١٤٥٠)، وعلي بن الجعد في حديثه برقم (٢٩٥٢)، والطبراني في «كبيره» (٣/ ٢٤٨) برقم (٣٣٠٤)، وابن المنذر في «الأوسط» (٢/ ٢٧٣) برقم ٨٥٩) من حديث أبي واقد الليثي. والحديث صححه الألباني في صحيح أبي داود، برقم (٢٤٨٥).

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «المنقطع».

(٤) ليست في المخطوط.

المُتَعَلِّقَ باللّحمِ من جملةِ الحيَوانِ، وذَكاةُ الحيَوانِ تكونُ ذكاةً لما اتّصَلَ به.

وَلو ضَرَبَ صَيْدًا بسَيْفٍ فقَطَعَه نصفَيْنِ يُؤْكَلُ النِّصفانِ عندَنا جميعًا، وهو قولُ إبْراهيمَ النّخعيّ؛ لأنّه وجَدَ قَطْعَ الأوداجِ لكَوْنِها مُتّصِلةً من القلْب بالدِّماغِ، فأشبَهَ الذّبْحَ فيُؤْكَلُ الكُلُّ.

وإنْ قَطَعَ أقَلّ من النِّصفِ فمات، فإنْ كان مِمّا يَلِي العجُزَ لا يُؤْكَلُ المُبانُ عندَنا، وقال الشّافعيُّ: يُؤْكَلُ.

وَجْهُ قولِه: أنّ الجرْحَ في الصّيْدِ إذا اتّصَلَ به الموتُ فهو ذَكاةٌ اضْطِراريّةٌ وإنّها سببُ الحِلِّ كالذّبْحِ.

«ولنا: قولُ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «**ما أُبينَ من الحيّ فهو مَيّتٌ**» [١] والمقطوعُ مُبانٌ من الحيِّ فيكونُ مَيّتًا. وأمّا قولُه: إنّ الجرْحَ الذي اتّصَلَ به الموتُ ذَكاةٌ في الصّيْدِ، فنَعَم لكنّ حالَ فواتِ الحياةِ عن المحَلِّ وعندَ الإبانةِ المحَلُّ كان حَيًّا فلم يقعِ الفعلُ ذَكاةً له وعندَما [٢] صار ذَكاةً كان الجزءُ مُنْفَصِلاً، وحُكمُ الذّكاةِ لا يَلْحقُ الجزءَ المُنْفَصِلَ.

وإنْ كان مِمّا يَلِي الرّأسَ يُؤْكَلُ الكُلُّ؛ لوجودِ قَطْعِ الأوداجِ، فكان الفعلُ حالَ وجودِه ذَكاةً حقيقةً، فيَحِلُّ به الكُلُّ، وإنْ ضَرَبَ رأسَ صَيْدٍ فأبانَه نصفَيْنِ طولاً أو عَرْضًا يُؤْكَلُ كُلُّه في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وهو قولُ أبي يوسُفَ الأوّلِ، ثُمّ رَجَعَ وقال: لا يُؤْكَلُ النِّصفُ البائنُ ويُؤْكَلُ ما بقيَ من الصّيْدِ.

والأصلُ (فيه ما) [٣] ذَكَرْنا أنّ الأوداجَ مُتّصِلةٌ [٤] بالدِّماغِ، فتَصيرُ مقطوعةً بقَطْعِ الرّأسِ، وكان أبو يوسُفَ على هذا ثُمّ ظَنّ أنّها لا تكونُ إلاّ فيما يَلِي البدَنَ من الرّأسِ، وإنْ كان المُبانُ أكثَرَ من النِّصفِ فكذلك يُؤْكَلُ الكُلُّ؛ لأنّه إذا قَطَعَ [الأكثر من الرأس فقد قطع الأوداج، يكون كالذبح، فتحلّ أكل الكل، كما لو ذبح.

وإن كان أقل من النصف لا يؤكل المبان، ويؤكل الباقي؛ لأنه لم يقطع العروق، او لا يعلم أنه قطع] [٥] العُروقَ فلم يكنْ ذلك ذَبْحًا بل كان جَرْحًا وأنّه لا يُبيحُ المُبانَ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «عندنا».

(٣) في المخطوط: «فيما».

(٤) في المخطوط: «متعلقة».

(٥) زيادة من المخطوط.

لما ذَكَرْنا .

وأمّا شرائطُ رُكنِ الذّكاةِ فأنواعٌ: بعضُها يَعُمُّ نوعَي الذّكاةِ الاختياريّةِ ، والاضْطِراريّة ، وبعضُها يَخُصُّ أحدَهما دونَ الآخرِ .

أمّا الذي يَعُمُّهما: فمنها: أنْ يكونَ عاقِلاً فلا تُؤْكَلُ ذَبيحةُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يعقِلُ ، والسّكرانُ الذي لا يعقِلُ ؛ لما نَذْكُرُ أنّ القصْدَ إلى التّسْميةِ عندَ الذّبْحِ شرطٌ ، ولا يتحقّقُ القصْدُ الصّحيحُ مِمّنْ لا يعقِلُ ، فإنْ كان الصّبيُّ يعقِلُ الذّبْحَ ويقدِرُ عليه تُؤْكَلُ ذَبيحَتُه ، وكذا السّكرانُ .

ومنها: أنْ يكونَ مسلمًا أو كِتابيًا ، فلا تُؤْكَلُ ذَبيحةُ أهلِ الشِّرْكِ ، والمجوسيِّ ، والوثَنيِّ ، وذَبيحةُ المُرْتَدِّ .

أمّا ذَبيحةُ أهلِ الشِّرْكِ فلِقولِه تعالى : ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [المائدة:٣] وقولِه عَزّ وجَلّ : ﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ﴾ [المائدة:٣] ، أي : للنُّصُب ، وهي الأصنامُ التي يعبُدونَها .

وأمّا ذَبيحةُ المجوسِ [١] ، فلِقولِه عليه الصلاة والسلام : «سُنّوا بالمجوسِ سُنّةَ أهلِ الكِتاب غيرَ ناكِحي نسائهم ولا آكِلي ذَبائحِهم» [٢] ؛ ولأنّ ذِكرَ اسمِ اللّه تعالى على الذّبيحةِ من شرائطِ الحِلِّ عندَنا لما نَذْكُرُ ولم يوجدْ عندهم .

وأمّا المُرْتَدُّ ؛ فلأنّه لا يُقَرُّ على الدّينِ الذي انتَقَلَ إليه ، فكان كالوثَنيِّ الذي لا يُقَرُّ على دينِه ، ولو كان المُرْتَدُّ غُلامًا مُراهقًا لا تُؤْكَلُ ذَبيحَتُه عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ ، وعندَ أبي يوسُفَ تُؤْكَلُ بناءً على أنّ رِدّتَه صَحيحةٌ عندَهما وعندَه لا تَصحُّ ، وتُؤْكَلُ ذَبيحةُ أهلِ الكِتاب لقوله تعالى : ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة:٥] ، والمُرادُ منه ذَبائحُهم ، إذْ لو لم يكنِ [المُرادُ ذلك ، لم يكنْ] [٣] للتّخصيصِ بأهلِ الكِتاب معنًى ؛ لأنّ غيرَ الذّبائحِ

---

(١) في المخطوط : «المجوسي» .

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» ، كتاب الزكاة باب جزية أهل الكتاب والمجوس برقم (٤٢) ، والشافعي في «مسنده» (ص٢٠٩) ، وابن أبي شيبة (٢/ ٤٣٥) برقم (١٠٧٦٥) ، والبيهقي (٩/ ١٨٩) ، وعبد الرزاق (٦/ ٦٨- ٦٩) برقم (١٠٠٢٥) ، والشاشي في «مسنده» (١/ ٢٨٨) برقم (٢٥٧) ، والبزار (٣/ ٢٦٤- ٢٦٥) برقم (١٠٥٦) ، وأبو يعلى (٢/ ١٦٨) برقم (٨٦٢) ، وغيرهم من طريق جعفر بن محمد ، عن أبيه أن عمر بن الخطاب . . . الحديث . والحديث ضعفه ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٧٢) بأنه منقطع بين محمد بن علي وعمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(٣) ليست في المخطوط .

من أطْعِمةِ الكفَرةِ مأكولٌ؛ ولأنّ مُطْلَقَ اسم الطّعامِ يقعُ على الذّبائحِ، كما يقعُ على غيرِها؛ لأنّه اسمٌ لما يُتَطَعّمُ، والذّبائحُ مِمّا يُتَطَعّمُ فيدخلُ تحت إطلاقِ اسمِ الطّعامِ، فيَحِلُّ لَنا أكلُها، ويَسْتَوي فيه أهلُ (الحرْب منهم) [(١)] وغيرُهم لعُمومِ الآيةِ الكريمةِ.

وكذا يَسْتَوي فيه نصارى بَني تَغْلِبَ وغيرُهم؛ لأنّهم على دينِ النّصارى إلاّ أنّهم نصارى العرَب، فيتناوَلُهم عُمومُ الآيةِ الشّريفةِ.

وقال [سَيِّدُنا] [(٢)] عَليٌّ رضي الله عنه: لا تُؤْكَلُ ذَبائحُ نصارى العرَب [(٣)]؛ لأنّهم لَيْسوا بأهلِ الكِتاب، وقرأ قوله عزّ شأنُه: ﴿وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لَا يَعْلَمُونَ ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّآ أَمَانِيَّ﴾ [البقرة:٧٨].

وقال ابنُ عَبّاسٍ رضي الله عنهما: تُؤْكَلُ، وقرأ قوله عزّ وجلّ: ﴿وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ﴾ [المائدة:٥١] [(٤)]، والآيةُ الكريمةُ التي تَلاها سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه دَليلٌ على أنّهم من أهلِ الكِتاب؛ لأنّه قال عزّ وجلّ: ﴿وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ [لَا يَعْلَمُونَ ٱلْكِتَـٰبَ﴾ [البقرة:٧٨]]، أي: من أهلِ الكِتاب، وكَلِمةُ «من» للتّبْعيضِ، إلاّ أنّهم [ربما] [(٥)] يُخالِفونَ غيرَهم من النّصارى في بعضِ شرائعِهم، وذا [لا] [(٦)] يُخْرِجُهم عن كونِهم نصارى كسائرِ النّصارى، فإنِ انتقَلَ الكِتابيُّ إلى دينِ أهلِ الكِتاب من الكفَرةِ لا تُؤْكَلُ ذَبيحَتُه؛ لأنّ المسلمَ لو انتقَلَ إلى ذلك الدّينِ لا تُؤْكَلُ ذَبيحَتُه، فالكِتابيُّ أولى.

ولو [(٧)] انتقَلَ غيرُ الكِتابيِّ من الكفَرةِ إلى دينِ أهلِ الكِتاب تُؤْكَلُ ذَبيحَتُه.

والأصلُ فيه أنّه يُنْظَرُ إلى حالِه ودينِه وقتِ ذَبحه دونَ ما سِواه، وهذا أصلُ أصحابنا أنّ

---

(١) في المخطوط: «الكتاب النصارى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) أخرجه الشافعي في «مسنده» (١/ ٣٥٣)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٧/ ١٨٦) برقم (١٢٧١٥)، وابن جرير في تفسيره (٦/ ١٠٢)، وأورده ابن حجر في «الفتح» (٩/ ٦٣٧).
(٤) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الذبائح، باب ما يجوز من الذكاة في حال الضرورة، برقم (١٠٥٨)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢١٧)، والشافعي في مسنده (١/ ٣٥٣)، وعبد الرزاق بنحوه في مصنفه (٤/ ٤٨٦) برقم (٨٥٧٣)، وأخرج ابن أبي شيبة حديثا نحوه (٣/ ٤٧٧).
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «إن».

مَنِ انتقَلَ من مِلّةِ الكفر إلى ملة يُقَرُّ عليها يُجْعَلُ كأنّه من أهلِ تلك المِلّةِ من الأصلِ على ما ذَكَرْنا في كِتاب النّكاحِ، والمولودُ بين كِتابيٍّ وغيرِ كِتابيٍّ تُؤْكَلُ ذَبيحَتُه أيُّهما كان الكِتابيُّ الأبُ أو الأمُّ عندَنا [١].

وقال مالكٌ: يُعْتَبَرُ الأبُ، فإنْ كان كِتابيًّا تُؤْكَلُ وإلاّ فلا [٢].

وقال الشافعيُّ: لا تُؤْكَلُ ذَبيحَتُه رأسًا [٣].

والصّحيحُ قولُنا، لأنّ جَعْلَ الولدِ [٤] تَبَعًا للكِتابيِّ منهما أولى؛ لأنّه خَيْرُهما دينًا بالنِّسْبةِ فكان باتِّباعِه إيّاه أولى.

وأمّا الصّابئونَ فتُؤْكَلُ ذَبائحُهم في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: لا تُؤْكَلُ.

واختلافُ الجواب؛ لاختلافِهم في تفْسير في الصّابئينَ أنّهم مِمّنْ هم؟ وقد ذَكَرْنا ذلك في كِتاب النّكاحِ.

ثُمّ إنّما تُؤْكَلُ ذَبيحةُ الكِتابيِّ إذا لم يُشْهَدْ ذَبْحُه، ولم يُسْمع منه شيءٌ، أو سُمِعَ وشُهِدَ منه تَسْميةُ اللّه تعالى وحْدَه؛ لأنّه إذا لم يَسْمع منه شيئًا يُحمَلُ على أنّه قد سَمّى اللّهَ تَبارَكَ وتعالى، وجَرّدَ التّسْميةَ تَحسينًا للظّنِّ به كما بالمسلمِ.

ولو سُمِعَ منه ذِكرُ اسمِ اللّه تعالى، لكنّه عَنَى باللّه عَزّ وجَلّ المسيحَ عليه الصلاة والسلام قالوا: تُؤْكَلُ؛ لأنّه أظْهَرَ تَسْميةً هي تَسْميةُ المسلمينَ، إلاّ إذا نصّ فقال: بسْمِ اللّه الذي هو ثالِثُ ثلاثةٍ، فلا تَحِلُّ.

وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه سُئِلَ عن ذَبائحِ أهلِ الكِتاب وهم يقولونَ، ما يقولونَ فقال رضي الله عنه: قد أحلّ اللّه ذَبائحَهم وهو يعلَمُ ما يقولونَ [٥].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٩٨).
(٢) مذهب المالكية: أن الصبي يلحق بالأب دون الأم على أي دين كان. انظر: المدونة (٢/ ٥٧).
(٣) مذهب الشافعية: قال الشافعي رضي الله عنه: إذا كان أحد والدي الصبي مجوسيًا لم تؤكل ذبيحته. انظر: المزني (ص ٢٨٢).
(٤) في المخطوط: «الكتابي».
(٥) أخرجه يعقوب بن إبراهيم في الرد على سيرة الأوزاعي بنحوه (١/ ١١٦).

فأمّا إذا سُمِعَ منه أنّه سَمّى المسيحَ عليه الصلاة والسلام وحْدَه، أو سَمّى اللّهَ سبحانه وتعالى وسَمّى المسيحَ لا تُؤْكَلُ ذبيحَتُه.

كذا رَوَى عن سَيِّدُنا عَليٍّ رضي الله عنه، ولم يُرْوَ عن غيرِه خلافُه، فيكونُ إجماعًا.

ولِقولِه عزّ وجلّ: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [المائدة:٣]، وهذا أُهِلّ لغيرِ اللّه - عَزّ وجَلّ - به فلا يُؤْكَلُ.

ومَنْ أُكِلَتْ ذَبيحَتُه مِمّنْ ذَكَرْنا، أُكِلَ صَيْدُه الذي صادَه بالسّهْمِ، أو بالجوارِحِ، ومَنْ لا فلا؛ لأنّ أهليّةَ المُذَكّي شرطٌ في نوعَيِ الذّكاةِ الاختياريّةِ والاضْطِراريّةِ جميعًا.

ومنها: التّسْميةُ حالةَ الذِّكرِ عندَنا [(١)].

وعندَ الشّافعيِّ ليستْ بشرطٍ أصلاً [(٢)].

وقال مالِكٌ رحمه الله: إنّها شرطٌ حالةَ الذِّكرِ والسّهْوِ حتّى لا يُحِلّ مَتْروكَ التّسْميةِ ناسيًا عندَه [(٣)]، والمسألةُ مُخْتَلِفةٌ بين الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم.

أمّا الكلام مع الشّافعيِّ رحمه الله فإنّه احتَجّ بقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥] أمر النّبيّ عليه الصلاة والسلام [أنْ يقول] [(٤)]: أنّه لا يجدُ فيما أوحيَ إليه مُحَرّمًا سِوَى الأشياءِ الثّلاثةِ، ومَتْروكُ التّسْميةِ لم يدخل فيها، فلا يكونُ مُحَرّمًا، ولا يُقالُ: يُحْتَمَلُ أنّه لم يكنِ المُحَرّمُ وقتَ نُزولِ الآيةِ الكريمةِ سِوَى المذكورِ فيها، ثُمّ حُرِّمَ بعدَ ذلك مَتْروكُ التّسْميةِ بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١]؛ لأنّه قِيلَ: إنّ سورةَ الأنعامِ نزلتْ جملةً واحدةً، ولو كان مَتْروكُ التّسْميةِ مُحَرّمًا؛ لَكان واجِدًا له فيجبُ أنْ يَسْتَثْنيَه كما استَثْنَى الأشياءَ الثّلاثةَ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: القدوري (ص ٩٩)، المبسوط (١١/ ٢٣٦)، تحفة الفقهاء (٣/ ٩٢)، الهداية (٩/ ١٦).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: أنه إذا ترك التسمية عامدًا يحل أكله ولا خلاف أنه لو ذبح الشاة وترك التسمية ناسيًا، حل أكله. انظر: الأم (٢/ ٢٢٧)، المهذب (١/ ٢٥٩)، نهاية المحتاج (٨/ ١١٩).

(٣) مذهب المالكية: أن التسمية مسنونة لأمره ﷺ بها في الصيد، فإن تركها ناسيًا جاز وإن تعمد تركها لا تؤكل. انظر: المدونة (١/ ٤٢٨ - ٤٢٩)، التفريع (١/ ٤٠١)، الرسالة (ص ١٨٥).

(٤) ليست في المخطوط.

ولنا قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام:١٢١]، والاستِدْلالُ بالآيةِ من وجهَيْنِ:

أحدهما: أنّ مُطْلَقَ النّهي للتّحريمِ في حقِّ العمَلِ.

والثاني: أنّه سَمّى كُلّ ما لم يُذْكَرِ اسمُ اللّه عليه فِسْقًا بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام:١٢١] ولا [١/ ٢٨٢ أ] فِسْقَ إلاّ بارْتِكاب المُحَرّمِ، ولا تُحمَلُ الآية على الميْتةِ وذَبائحِ أهلِ الشِّرْكِ بقولِ بعضِ أهلِ التّأويلِ في سبب نُزولِ الآيةِ الكريمةِ؛ لأنّ العامّ لا يُخَصُّ بالسّبَب عندَنا، بل يعملُ بعُمومِ اللّفْظِ لما عُرِفَ في أُصولِ الفقه، مع ما أنّ الحمْلَ على ذلك حَمْلٌ على التّكرارِ؛ لأنّ حُرْمةَ الميْتةِ وذَبائحِ أهلِ الشِّرْكِ ثبَتَتْ بنُصوصٍ أُخَرَ وهي قولُه عَزّ وجَلّ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة:٣]، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [المائدة:٣]، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ﴾ [المائدة:٣] فالحمْلُ على ذلك حملٌ على التكرار، والحمل على ما قُلْنا ويكونُ حَمْلاً على فائدةٍ جَديدةٍ فكان أولى، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج:٣٦]، ومُطْلَقُ الأمرِ للوجوب في حقِّ العمَلِ، ولو لم يكنْ شرطًا لَما وجَبَ.

ورَوَى الشّعْبيُّ عن عَديِّ بنِ حاتمٍ رضي الله عنهما قال: سَألتُ رسول اللّه ﷺ عن صَيْدِ الكلب فقال: «**ما أمسَكَ عليكَ ولم يأكلْ منه فكُلْه، فإنْ أخذَه ذَكاتُه، فإنْ وجَدْتَ عندَ كلبِكَ غيرَه فحَسِبْتَ أنْ يكونَ أخذه معه وقد قتَلَه فلا تأكلْ؛ لأنكَ إنما ذَكَرْتَ اسمَ اللّه تعالى على كلبِكَ ولم تَذكُرْه على كلْب غيرِك**» (١)، نَهَى النّبيُّ عليه الصلاة والسلام عن الأكلِ وعَلّلَ بتَرْكِ التّسْميةِ، فدَلّ أنّها شرطٌ.

وأمّا الآيةُ الكريمةُ ففيها أنّه ما كان يجدُ وقتَ نُزولِ الآيةِ [الشّريفةِ مُحَرّمًا] (٢) سِوَى

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الوضوء، باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان. . .، برقم (١٧٥)، ومسلم كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب الصيد بالكلاب المعلمة، برقم (١٩٢٩)، والترمذي، كتاب الصيد، باب ما جاء في الكلب يأكل من الصيد، برقم (١٤٧٠)، والنسائي برقم (٤٢٧٢)، وابن ماجه برقم (٣٢٠٨)، وأحمد برقم (١٧٨٠٦)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٣٦)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٧٠) برقم (١٤١)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ١٣٨) برقم (١٠٣٠)، والحميدي في مسنده (٢/ ٤٠٧) برقم (٩١٧)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/ ٤٧٠) برقم (٨٥٠٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٢٣٢) كل من طريق الشعبي.

(٢) ليست في المخطوط.

المذكورِ فيها، فاحتُمِلَ أنّه كان كذلك وقتَ نُزولِ الآيةِ الشّريفةِ وُجِدَ تَحْريمُ مَتْروكِ التّسْميةِ بعدَ ذلك؛ لما تَلونا، كما كان لا يجدُ تَحْريمَ كُلِّ ذي نابٍ من السِّباعِ، وكُلِّ ذي مِخْلَبٍ من الطّيْرِ، وتَحْريمَ الحِمارِ، والبغْلِ، عندَ نُزولِها، ثُمّ وُجِدَ بعدَ ذلك بوَحْيٍ مَتْلوٍّ، أو غيرِ مَتْلوٍّ على ما ذَكَرْنا.

وأمّا ما يُرْوَى أنّ سورةَ الأنْعامِ نزلتْ كُلُّها جملةً واحدةً فمرويٌّ على طريقِ الآحادِ فلا يُقْبَلُ في إبْطالِ حُرْمةٍ ثَبَتَتْ بالكِتابِ على أنّ المذكورَ فيها من جملةِ المُسْتَثْنَى المِيْتةُ، فما الدّليلُ على أنّ مَتْروكَ التّسْميةِ عَمْدًا ليس بمَيْتةٍ؟ بل هو مَيْتةٌ عندَنا مع أنّه [1] لا يجدُ فيما أوحيَ إليه مُحَرّمًا سِوَى المذكورِ ونحنُ لا نُطْلِقُ اسمَ المُحَرّمِ على مَتْروكِ التّسْميةِ إذِ المُحَرّمُ المُطْلَقُ ما ثَبَتَتْ حُرْمَتُه بدَليلٍ مقطوعٍ به ولم يوجدْ ذلك في مَحَلِّ الاجتِهادِ إذا كان الاختلافُ بين أهلِ الدّيانةِ وإنّما نُسَمّيه مَكروهًا أو مُحَرّمًا في حقِّ الاعتِقادِ قَطْعًا على طريقِ التّعْيينِ، بل على الإبْهامِ أنّ ما أرادَ اللّه عَزّ وجَلّ من هذا النّهيِ فهو حقٌّ، لكنّا نَمْتَنِعُ عن أكلِه احتياطًا وهو تَفْسيرُ الحُرْمةِ في حقِّ العمَلِ.

وأمّا الكلامُ مع مالِكٍ رحمه الله: فهو احتَجّ بعُمومِ قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١] من غيرِ فصلٍ بين العمْدِ والسّهْوِ، ولأنّ التّسْميةَ لَمّا كانت واجِبةً حالةَ العمْدِ فكذا حالةَ النِّسْيانِ؛ لأنّ النِّسْيانَ لا يمْنَعُ الوجوبَ والحظْرَ كالخطأ [2] حتّى كان النّاسي والخاطِئُ جائزَ المُؤاخَذةِ عقلًا؛ ولهذا استَوَى العمْدُ والسّهْوُ في تَرْكِ تَكبيرةِ الافْتِتاحِ والطّهارةِ وغيرِها من الشّرائطِ والكلامُ في الصّلاةِ عَمْدًا أو سَهْوًا عندَكم كذا ههنا.

ولنا ما رُوِيَ عن راشِدِ بنِ سَعْدٍ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسّلام أنّه قال: «ذَبيحةُ المسلمِ حَلالٌ سَمّى أو لم يُسَمِّ ما لم يتعَمّدْ» [3]، وهذا نصٌّ في الباب.

وأمّا الآيةُ فلا تَتَناوَلُ مَتْروكَ التّسْميةِ سهوًا لوَجْهَيْنِ:

أحدِهما: أنّه قال عَزّ وجَلّ: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام:١٢١] أي: تَرْكُ التّسْميةِ عندَ الذّبْحِ

---

(١) في المخطوط: «أن فيها آية». (٢) في المخطوط: «والخطأ».

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ٢٤٠) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفوعًا. وأخرجه الحارث في مسنده (١/ ٤٧٨) برقم (٤١٠)، وهو مرسل.

فِسْقٌ، وتَرْكُ التّسْميةِ سَهْوًا لا يكونُ فِسْقًا، وكذا كُلُّ مَتْروكِ التّسْميةِ سَهْوًا لا يَلْحقُه سِمةُ الفِسْقِ؛ لأنّ المسألةَ اجتِهاديّةٌ وفيها اختلافُ الصّحابةِ، فدَلّ أنّ المُرادَ من الآيةِ الكريمةِ مَتْروكُ التّسْميةِ عَمْدًا لا سَهْوًا.

والثاني: أنّ النّاسيَ لم يَتْرُكِ التّسْميةَ، بل ذَكَرَ اسمَ اللّه عَزّ وجَلّ، والذِّكْرُ قد يكونُ باللِّسانِ وقد يكونُ بالقلْب قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُۥ عَن ذِكْرِنَا﴾ [الكهف:٢٨] والنّاسي ذاكِرٌ بقَلْبه لما رُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه سُئِلَ عن رجلٍ ذَبَحَ ونَسيَ أنْ يَذْكُرَ اسمَ اللّه عليه، فقال رضي الله عنه: اسمُ اللّه عَزّ وجَلّ في قَلْب كُلِّ مسلمٍ فلْيأكلْ [(١)].

وعنه في رِوايةٍ أخرى قال: إنّ المسلمَ ذَكَرَ اللّهَ في قَلْبه، وقال: كما لا يَنْفَعُ الاسمُ في الشِّرْكِ لا يَضُرُّ النِّسْيانُ في الإسلامِ [(٢)]، وعنه رضي الله عنه [أيضًا] [(٣)] في رِوايةٍ أُخرى قال: في المسلمِ اسمُ اللّه تعالى، فإذا ذَبَحَ ونَسيَ أنْ يُسَمّيَ فكُلْ، وإذا ذَبَحَ المجوسيُّ وذَكَرَ اسمَ اللّه تعالى فلا تطعَمْه.

وعن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه [أنه] [(٤)] سُئِلَ عن هذا فقال: إنّما هي (عِلّةُ المسألةِ) [(٥)] فثَبَتَ أنّ النّاسيَ ذاكِرٌ، فكانت ذَبيحَتُه مَذْكورَ التّسْميةِ، فلا تَتَناوَلُها الآيةُ الكريمةُ، وأمّا قولُه: إنّ النِّسْيانَ لا يَدْفَعُ التّكليفَ ولا يَدْفَعُ الحظْرَ حتّى لم يُجْعَلْ عُذْرًا في بعضِ المواضِعِ على ما ضُرِبَ من الأمثِلةِ، فنقولُ: النِّسْيانُ جُعِلَ عُذْرًا مانِعًا من التّكليفِ والمُؤاخَذةِ فيما يَغْلِبُ وجودُه، ولم يُجْعَلْ عُذْرًا فيما لا يَغْلِبُ وجودُه؛ لأنّه لو لم يُجْعَلْ عُذْرًا فيما يَغْلِبُ وجودُه لَوَقَعَ النّاسُ في الحرَجِ والحرج مدفوعٌ [١/ ٢٨٢ ب]، والأصلُ فيه أنّ مَنْ لم يُعَوِّدْ نفسَه فعلاً يُعْذَرُ في تَرْكِه واشتِغالِه بضِدِّه سَهْوًا؛ لأنّ حِفْظَ النّفسِ عن العادةِ التي هي طَبيعةٌ خامِسةٌ خَطْبٌ صَعْبٌ وأمرٌ أمَرُّ، فيكونُ النِّسْيانُ فيه غالِبَ الوجودِ، فلو لم يُعْذَرْ لَلَحِقَه الحرج وليس كذلك إذا لم يُعَوِّدْ نفسَه.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ٢٣٩)، وأخرجه بنحوه الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٦٠) برقم (٧٥٧٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/ ٤٨١) برقم (٨٥٤٨).

(٢) في المخطوط: «الملة».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «على الملة».

مِثالُه أنّ الأكلَ والشُّرْبَ من الصّائمِ سَهْوًا جُعِلَ عُذْرًا في الشّرعِ حتّى لا يَفْسُدَ صومُه؛ لأنّه عَوّدَ نفسَه ذلك ولم يُعَوِّدْها ضِدّه، وهو الكفُّ عن الأكلِ والشُّرْب، ولم يُجْعَلْ ذلك عُذْرًا في المُصَلّي؛ لأنّه لم يُعَوِّدْ نفسَه ذلك في كُلِّ زَمانٍ بل في وقتٍ معهودٍ وهو الغداةُ والعشيُّ خُصوصًا في حالِ الصّلاةِ التي تُخالِفُ أوقاتَ الأكلِ والشُّرْب، فكان الأكلُ والشُّرْبُ فيها في غايةِ النُّدْرةِ، فلم يُجْعَلْ عُذْرًا.

والكلامُ في الصّلاةِ من هذا القبيلِ؛ لأنّ حالةَ الصّلاةِ تمنَعُ من ذلك عادةً، فكان النِّسْيانُ فيها نادِرًا، فلم يُجْعَلْ عُذْرًا، وكذلك تَرْكُ تكبيرةِ الافْتِتاحِ سَهْوًا؛ لأنّ الشُّروعَ في الصّلاةِ يكونُ بها وتَرْكُها سَهْوًا عندَ تَصْميمِ العزمِ على الشُّروعِ فيها مِمّا يَنْدُرُ، فلم يُعْذَرْ.

وكذا تَرْكُ الطّهارةِ عندَ حُضورِ وقتِ الصّلاةِ سَهْوًا؛ لأنّ المسلمَ على استعدادِ الصّلاةِ عندَ هُجومِ وقتِها عادةً، فالشُّروعُ في الصّلاةِ من غيرِ طَهارةٍ سَهْوًا يكونُ نادِرًا، فلا يُعْذَرُ، ويَلْحقُ بالعدَمِ، فأمّا ذِكرُ اسمِ اللّه تعالى، فأمرٌ لم يُعَوِّدْه الذّابحُ نفسَه؛ لأنّ الذّبحَ على مجرَى العادةِ يكونُ من القصّابينَ ومن الصِّبْيانِ الذينَ لم يُعَوِّدوا أنْفُسَهم ذِكرَ اللّه عَزّ وجَلّ، فتَرْكُ التّسْميةِ منهم سَهْوًا لا يَنْدُرُ وجودُه بل يَغْلِبُ فجُعِلَ عُذْرًا دَفْعًا للحَرَجِ، فهو الفرقُ بين هذه الجملةِ، واللّه سبحانه وتعالى هو الموَفِّقُ.

وإذا ثَبَتَ أنّ التّسْميةَ حالةَ الذِّكرِ من شرائطِ الحِلِّ عندَنا، فبعدَ ذلك يقعُ الكلامُ في بيانِ رُكنِ التّسْميةِ وفي بيانِ شرائطِ الرُّكنِ وفي بيانِ وقتِ التّسْميةِ.

أمّا رُكنُها فذِكرُ اسمِ اللّه عَزّ وجَلّ، أيّ اسم كان لقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كُنتُم بِـَٔايَٰتِهِۦ مُؤْمِنِينَ ۝١١٨ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨-١١٩] من غيرِ فصلٍ بين اسمٍ واسمٍ، وقولِه عزّ شأنُه: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]؛ لأنّه إذا ذَكَرَ اسمًا من أسماءِ اللّه تَبارَكَ وتعالى لم يكنِ المأكولُ مِمّا لم يُذْكَرِ اسمُ اللّه عليه، فلم يكنْ مُحَرّمًا، وسَواءٌ قرنَ بالاسمِ الصِّفةَ بأنْ قال: اللّه أكبرُ، اللّه أجَلُّ، اللّهَ أعظَمُ، (اللّهَ الرّحمَنَ، اللّهَ الرّحيمَ)[1]، ونحوُ ذلك، أو لم يقرِنْ بأنْ

(١) في المخطوط: «الرحمن الرحيم».

قال: اللّهَ، أو الرّحمَنَ، أو الرّحيمَ، أو غيرَ ذلك؛ لأنّه [١] المشْروطُ بالآيةِ (عَزّ شَأنُه) [٢] وقد وُجِدَ، وكذا في حَديثِ عَديِّ بنِ حاتمٍ رضي الله عنهما: «إذا أرسَلْتَ كلبَكَ المُعَلّمَ وذَكَرْتَ اسمَ الله عليه فكُلْ» من غيرِ فصلٍ بين اسمٍ واسمٍ.

وكذا التّهْليلُ والتّحميدُ والتّسْبيحُ سَواءٌ كان جاهلاً بالتّسْميةِ المعهودةِ أو عالِمًا بها لما قُلْنا، وهذا ظاهرٌ على أصلِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رضي الله عنهما في تَكبيرةِ الافْتِتاحِ أنّه يصيرُ شارِعًا في الصّلاةِ بلا إلَهَ إلاّ اللّه، أو الحمْدِ للّه، أو سبحان اللّه، فههنا أولى.

وأمّا على أصلِ أبي يوسُفَ رحمه الله فلا يصيرُ شارِعًا بهذه الألفاظِ، وتَصحُّ التسمية بها عندَه، فيَحْتاجُ هو إلى الفرقِ والفرقُ له أنّ الشّرعَ ما ورَدَ هناك إلاّ بلفظِ التّكبيرِ، وههنا ورَدَ بذِكرِ اسم اللّه تعالى، وسَواءٌ كانتِ التّسْميةُ بالعرَبيّةِ، أو بالفارِسيّةِ، أو أيِّ لسانٍ كان وهو لا يُحْسِنُ العرَبيّةَ أو يُحْسِنُها.

كذا رَوَى بشْرٌ عن أبي يوسُفَ رحمهما الله لو أنّ رجلاً سَمّى على الذّبيحةِ بالرّوميّةِ، أو بالفارِسيّةِ، وهو يُحْسِنُ العرَبيّةَ، أو لا يُحْسِنُها أجزَأه ذلك عن التّسْميةِ؛ لأنّ الشّرطَ في الكِتاب العزيزِ والسُّنّةِ ذِكرُ اسمِ اللّه تعالى مُطْلَقًا عن العرَبيّةِ والفارِسيّةِ، وهذا ظاهرٌ على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله في اعتِبارِه المعنى دونَ اللّفْظِ في تكبيرةِ الافْتِتاحِ، فيَسْتَوي في الذّبحِ التّكبيرةُ العرَبيّةُ والعجميّةُ من طريقِ الأولى.

فأمّا على أصلِهما، فهما يَحْتاجانِ إلى الفرقِ بين التّكبيرِ والتّسْميةِ، حيثُ قالا في التّسْميةِ: إنّها جائزةٌ بالعجميّةِ سَواءٌ كان يُحْسِنُ العرَبيّةَ أو لا يُحْسِنُ.

وفي التّكبيرِ لا يجوزُ بالعجميّةِ إلاّ إذا كان لا يُحْسِنُ العرَبيّةَ؛ لأنّ المشْروطَ ههنا ذِكرُ اسمِ اللّه تعالى وأنّه يوجدُ بكُلِّ لسانٍ والشّرطُ هناك لفظةُ التّكبيرِ؛ لقولِه عليه الصلاة والسلام: «لا تُقْبَلُ صَلاةُ امرِئٍ حتّى يَضَعَ الطّهورَ مواضِعَه ويَسْتقبلَ القِبْلةَ ويقول: اللّه أكبَرُ» [٣] نَفَى عليه الصلاة والسلام القبول بدونِ لفظِ التّكبيرِ، ولا يوجدُ ذلك بغيرِ لفظِ العرَبيّةِ.

---

(١) في المخطوط: «لأن».

(٢) في المخطوط: «ذكر اسم الله تعالى».

(٣) أورده ابن القيم في حاشيته (١/ ٦٣)، وكذا ابن الملقن الأنصاري في خلاصة البدر المنير (١/ ١١٢) برقم (٣٦٠) من حديث رفاعة بن رافع الزرقي رضي الله عنه.

وأمّا شرائطُ الرُّكنِ:

فمنها: أنْ تكونَ التّسْميةُ من الذّابحِ حتّى لو سَمّى غيرُه والذّابحُ ساكِتٌ وهو ذاكِرٌ غيرُ ناسٍ لا يَحِلُّ؛ لأنّ المُرادَ من قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام:١٢١] أي: لم يُذْكَرِ اسمُ اللّه عليه من الذّابحِ فكانت مشروطةً فيه.

ومنها: أنْ يُريدَ بها التّسْميةَ على الذّبيحةِ، [فإنّ مَنْ أرادَ بها التّسْميةَ؛ لافْتِتاحِ العمَلِ لا يَحِلُّ؛ لأنّ اللّهَ سبحانه وتعالى أمر بذِكرِ اسمِ اللّه تعالى عليه في الآياتِ الكريمةِ ولا يكونُ ذِكرُ اسمِ اللّه عليه إلاّ وأنْ يُرادَ بها التّسْميةُ على الذّبيحةِ] (١).

وعلى هذا [١/١٢٨٣] إذا قال: الحمْدُ للّه ولم يُرِدْ [التسمية، بل أراد به] (٢) به الحمْدَ على سبيلِ الشُّكرِ، لا يَحِلُّ، وكذا لو سَبّحَ أو هَلّلَ أو كبّرَ ولم يُرِدْ به التّسْميةَ على الذّبيحةِ، وإنّما أرادَ به وصفَه بالوحْدانيّةِ والتّنَزُّه عن صِفاتِ الحُدوثِ لا غيرُ لا يَحِلُّ لما قُلْنا.

ومنها: تَجْريدُ اسمِ اللّه سبحانه وتعالى عن اسمِ غيرِه وإنْ كان اسمَ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام حتّى لو قال: بسْمِ اللّه واسمِ الرّسولِ لا يَحِلُّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِۦ﴾ [المائدة:٣].

وقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «موطِنانِ لا أُذْكَرُ فيهما: عندَ العُطاسِ، وعندَ الذّبحِ» (٣)، وقولِ عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنهما: جَرِّدوا التّسْميةَ عندَ الذّبْحِ (٤)؛ ولأنّ المُشْرِكينَ يَذْكُرونَ مع اللّه سبحانه وتعالى غيرَه، فتجبُ مُخالَفَتُهم بالتّجْريدِ، ولو قال: بسْمِ اللّه ومحمّدٌ رسولُ اللّه فإنْ قال: ومحمّدٍ بالجرِّ (٥) لا يَحِلُّ؛ لأنّه أشرَكَ في اسمِ اللّه عَزّ شَأنُه اسمَ غيرِه، وإنْ قال: محمّدٌ بالرّفْعِ يَحِلُّ؛ لأنّه لم يعطِفْه بَلِ استأنَفَ فلم يوجدِ الإشْراكُ إلاّ أنّه يُكرَه لوجودِ الوصْلِ من حيثُ الصّورة فيُتَصَوّرُ بصورةِ الحرامِ فيُكرَه.

وإنْ قال: ومحمّدًا بالنّصْب، اختلف المشايخُ فيه.

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ٢٨٦) من حديث عبد الرحيم بن زيد العمي عن أبيه.

(٤) حديث غريب، أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٨٤).

(٥) في المخطوط: «بالخفض».

قال بعضهم: يَحِلُّ ؛ لأنّه ما عَطَفَ بَلِ استَأنَفَ إلاّ أنّه أخطأ في الإعراب .

وقال بعضهم: لا يَحِلُّ ؛ لأنّ انتِصابَه بنَزْعِ الحرْفِ الخافِضِ كأنّه قال : ومحمّدٍ، فيتحقّقُ الإشْراكِ، فلا يَحِلُّ ، هذا إذا ذَكَرَ الواوَ ، فإنْ لم يَذْكُرْ بأنْ قال : بسْمِ اللّه محمّدٌ رسولُ اللّه فإنّه يَحِلُّ كيْفَما كان لعَدَمِ الشركة .

ومنها: أنْ يقصِدَ بذِكرِ اسمِ اللّه تعالى تعظيمَه على الخُلوصِ ولا يَشوبُه معنى الدُّعاءِ حتّى لو قال : اللّهمّ اغْفِرْ لي لَم يكنْ ذلك تَسْميةً ؛ لأنّه دُعاءٌ ، والدُّعاءُ لا يُقْصَدُ به التّعْظيمُ المحضُ ، فلا يكونُ تَسْميةً ، كما لا يكونُ تَكبيرًا ، وفي قولِه : اللّهمّ ، اختلف المشايِخُ كما في التّكبيرِ .

امّا وقتُ التّسْميةِ: فوقتُها في الذّكاةِ الاختياريّةِ وقتُ الذّبْحِ لا يجوزُ تقديمُها عليه إلاّ بزَمانٍ قَليلٍ لا يُمْكِنُ التّحَرُّزُ عنه ؛ لقولِه تَبارَكَ وتعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام :١٢١] ، والذّبْحُ مُضْمَرٌ فيه معناه ، ولا تَأكُلوا مِمّا لم يُذْكَرِ اسمُ اللّه تعالى عليه من الذّبائحِ ، ولا يتحقّقُ ذِكرُ اسمِ اللّه تعالى على الذّبيحةِ إلاّ وقتَ الذّبْحِ وكذا قِيلَ في تَأويلِ الآيتيْنِ الأُخْرَيَيْنِ : إنّ الذّبْحَ مُضْمَرٌ فيهما ، أي : فكُلوا مِمّا ذُبحَ بذِكرِ اسمِ اللّه عليه وما لَكُم ألاّ تَأكُلوا مِمّا ذُبحَ بذِكرِ اسمِ اللّه تعالى عليه ، فكان وقتُ التّسْميةِ الاختياريّةِ وقتَ الذّبْحِ .

وأمّا في الذّكاةُ الاضْطِراريّةُ فوقتُها ، وقتُ الرّمْيِ والإرسالِ لا وقتُ الإصابةِ ؛ لقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام لعَديِّ بنِ حاتمٍ رضي الله عنه حين سَألَه عن صَيْدِ المِعْراضِ : «والكلب إذا رَمَيتَ بالمِعْراضِ وذَكَرتَ اسمَ اللّه عليه فكُلْ، وإنْ أرسَلْتَ كلْبَكَ المُعَلّمَ وذَكَرْتَ اسمَ اللّه عليه فكُلْ»[1] .

وقولُه عليه، اي: على المِعْراضِ والكلب ، ولا تَقَعُ التّسْميةُ على السّهْمِ والكلب إلاّ عندَ الرّمْيِ والإرسالِ فكان وقتُ التّسْميةِ فيها هو وقتُ الرّمْيِ والإرسالِ ، والمعنى هكذا يقتَضي وهو أنّ التّسْميةَ شرطٌ والشّرائطُ يُعْتَبَرُ وجودُها حالَ وجودِ الرُّكنِ ؛ لأنّ عندَ وجودِها يصيرُ الرُّكنُ عِلّةً كما في سائرِ الأركانِ مع شرائطِها هو المذهبُ الصّحيحُ على ما عُرِفَ في أُصولِ الفقه .

---

(١) سبق تخريجه .

والرُّكنُ في الذّكاةِ الاختياريّةِ هو الذّبْحُ، وفي الاضْطِراريّةِ هو الجرْحُ، وذلك مُضافٌ إلى الرّامي والمُرْسِلِ، وإنّما السّهْمُ والكلبُ آلةُ الجرْحِ، والفعلُ يُضافُ إلى مُسْتعمِلِ الآلةِ لا إلى الآلةِ؛ لذلك اعتُبرَ وجودُ التّسْميةِ وقتَ الذّبْحِ، والجرْحِ وهو وقتُ الرّمْيِ والإرسالِ ولا يُعْتَبَرُ وقتُ الإصابةِ في الذّكاةِ الاضْطِراريّةِ؛ لأنّ الإصابةَ ليستْ من صُنْعِ العبدِ لا مُباشرةً ولا تسبيبًا، بل محضُ صُنْعِ اللّه عَزّ وجَلّ، يعني به مَصْنوعَه، هو مذهبُ أهلِ السُّنّةِ والجماعةِ وهي المسألةُ المعروفةُ بالمُتَوَلِّداتِ وهذا؛ لأنّ فعلَ العبدِ لا بُدّ وأنْ يكونَ مقدورَ العبدِ، ومقدورُ العبدِ ما يقومُ بمَحَلِّ قُدْرَتِه وهو نفسُه وذلك هو الرّمْيُ السّابقُ والإرسالُ السّابقُ، فتُعْتَبَرُ التّسْميةُ عندَهما على أنّ الإصابةَ قد تكونُ وقد لا تكونُ، فلا يُمْكِنُ إيقاعُ التّسْميةِ عليها.

وَعلى هذا يَخْرُجُ ما رَوَى بشْرٌ عن أبي يوسُفَ رحمهما الله تعالى أنّه قال: لو أنّ رجلاً أضْجَعَ شاةً ليَذْبَحَها وسَمّى ثُمّ بَدا له فأرسَلَها، وأضْجَعَ أُخرى فذَبَحَها بتلك التّسْميةِ [الأولى] [١] لم يُجْزِه ذلك ولا تُؤْكَلُ لعَدَمِ التّسْميةِ على الذّبيحةِ عندَ الذّبْحِ.

ولو رَمَى صَيْدًا فسَمّى فأخطَأ وأصابَ آخَرَ فقَتَلَه فلا بَأسَ بأكلِه، وكذلك إذا أرسَلَ كلْبًا على صَيْدٍ فأخطَأ فأخذ غيرَ الذي أرسَلَه عليه فقَتَلَه [حلّ] [٢]؛ لوجودِ التّسْميةِ على السّهْمِ والكلب عندَ الرّمْيِ والإرسالِ.

وذُكِرَ في الأصلِ: أرأيتَ الذّابحَ يَذْبَحُ الشّاتَيْنِ والثّلاثةَ فيُسَمّي على الأولى [منها] [٣] ويَدَعُ التّسْميةَ [١/ ٢٨٣ ب] على غيرِ ذلك عَمْدًا قال: يأكلُ الشّاةَ التي سَمّى عليها ولا يأكلُ ما سِوَى ذلك لما بيّنّا.

وَلو أضْجَعَ شاةً ليَذْبَحَها وسَمّى عليها ثُمّ ألقَى السِّكّينَ وأخذ سِكّينًا آخَرَ فذَبَحَ به يُؤْكَلُ؛ لأنّ التّسْميةَ في الذّكاةِ الاختياريّةِ تَقَعُ على المذبوحِ لا على الآلةِ والمذبوحُ واحدٌ فلا يُعْتَبَرُ اختلافُ الآلةِ بخلافِ ما إذا سَمّى على سَهْمٍ ثُمّ رَمَى بغيرِه أنّه لا يُؤْكَلُ؛ لأنّ التّسْميةَ في الذّكاةِ الاضْطِراريّةِ تَقَعُ على السّهْمِ لا على المرميِّ إليه.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.

وقد اختلف السّهْمُ، فالتّسْميةُ على أحدِهما لا تكونُ تَسْميةً على الآخرِ، وَلو أضْجَعَ شاةً ليَذْبَحَها وسَمّى عليها، فكَلّمَه إنسانٌ، فأجابَه، أو استَسْقَى ماءً، فشرِبَ، أو أخذ السِّكّينَ فإنْ كان قَليلاً ولم يَكثُرْ ذلك منه ثُمّ ذَبَحَ على تلك التّسْميةِ تُؤكَلُ [1]، وإنْ تَحدّثَ وأطالَ الحديثَ أو أخذ في عَمَلٍ آخرَ أو حَدّ شَفْرَتَه أو كانتِ الشّاةُ قائمةً فصرَعَها ثُمّ ذَبَحَ لا تُؤكَلُ؛ لأنّ زَمانَ ما بين التّسْميةِ والذّبْحِ إذا كان يَسيرًا [2] لا يُعْتَدُّ به؛ لأنّه لا يُمْكِنُ التّحرُّزُ عنه، فيُلْحقُ بالعدَمِ، ويُجْعَلُ كأنّه سَمّى مع الذّبْحِ، وإذا كان طَويلاً يقعُ فاصِلاً بين التّسْميةِ والذّبْحِ، فيصيرُ كأنّه سَمّى في يومٍ وذَبَحَ في يومٍ آخَرَ، فلم توجَدِ التّسْميةُ عندَ الذّبْحِ مُتّصِلةً به، وَلو سَمّى ثُمّ انقلَبَتِ الشّاةُ وقامَتْ من مَضْجَعِها ثُمّ أعادَها إلى مَضْجَعِها فقد انقطَعَتِ التّسْميةُ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا رَمَى صَيْدًا ولم يُسَمّ مُتَعَمِّدًا، ثُمّ سَمّى بعدَ ذلك أو أرسَلَ كلْبًا وترك التّسْميةَ مُتَعَمِّدًا، فلَمّا مضى الكلبُ في تَبَعِ الصّيْدِ سَمّى أنّه لا يُؤكَلُ؛ لأنّ التّسْميةَ لم توجَدْ وقتَ الرّمْيِ والإرسالِ.

وكذا لو مضى الكلبُ إلى الصّيْدِ فزَجَرَه وسَمّى وانزَجَرَ بزَجْرِه أنّه لا يُؤكَلُ أيضًا، وفَرْقٌ بين هذا وبين ما إذا اتّبَعَ الكلبُ الصّيْدَ بنفسِه من غيرِ أنْ يُرْسِلَه أحدٌ ثُمّ زَجَرَه مسلمٌ أنه إنِ انزَجَرَ بزَجْرِه فأخذ الصّيْدَ فقَتَلَه يُؤكَلُ، وإنْ لم يَنْزَجِرْ لا يُؤكَلُ.

ووَجْه الفرقِ نَذْكُرُه بعدَ هذا، إنْ شاء اللّه تعالى.

وَلو رَمَى أو أرسَلَ وهو مسلمٌ ثُمّ ارْتَدّ، أو كان حَلالاً فأحْرَمَ قبل الإصابةِ وأخذ الصّيْدَ يَحِلُّ، ولو كان مُرْتَدًّا ثُمّ أسلَمَ وسَمّى لا يَحِلُّ؛ لأنّ المُعْتَبَرَ وقتُ الرّمْيِ والإرسالِ كما [3] بيّنّا، فتُراعَى الأهليّةُ عندَ ذلك.

وَعلى هذا الأصلِ يَنْبَني شرطُ تعيينِ المحَلِّ بالتّسْميةِ في الذّكاةِ الاختياريّةِ، وهو بيانُ القِسْمِ الثّاني من الشّرائطِ التي تَخُصُّ أحدَ النّوعَيْنِ دونَ الآخرِ وهي أنواعٌ: يرجعُ بعضُها إلى المُذَكّي، وبعضُها يرجعُ إلى مَحَلِّ الذّكاةِ، وبعضُها يرجعُ إلى آلةِ الذّكاةِ.

---

(١) في المخطوط: «يحل».
(٢) في المخطوط: «قصيرًا».
(٣) في المخطوط: «لما».

أما الذي يرجع إلى المُذَكّي: فهو أنْ يكونَ حَلالاً، وهذا في الذّكاةِ الاضْطِراريّةِ دونَ الاختياريّةِ حتّى إنّ المُحْرِمَ إذا قَتَلَ صَيْدَ البرِّ وسَمّى لا يُؤْكَلُ؛ لأنّه مَمْنوعٌ عن قَتْلِ الصّيْدِ لحقّ الإحرامِ؛ لقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة:٩٥] [أي: وأنتُم مُحْرِمونَ، وقولِه جَلّ شأنُه: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة:١]][(١)] معناه واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ: أُحِلّتْ لَكُم بَهيمةُ الأنْعامِ والصّيْدُ إلاّ ما يُتْلى عليكُم من الميْتةِ والدّمِ ولحمِ الخِنْزيرِ، إلى آخِرِه، ﴿غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾؛ لأنّه استَثْنَى سبحانه وتعالى الصّيْدَ بقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ﴾ [المائدة:١]، وإنّما يُسْتَثْنَى الشّيءُ من الجملةِ المذكورةِ، فجُعِلَ مَذْكورًا بطريقِ الإضْمارِ، والاستثناءُ من الإباحةِ تَحْريمٌ، فكان اصْطيادُ المُحْرِمِ مُحَرّمًا فكان صَيْدُه مَيْتةً كصَيْدِ المجوسيِّ سَواءٌ اصْطادَ بنفسِه أو اصْطيدَ له بأمرِه؛ لأنّ ما صيدَ له بأمرِه فهو صَيْدُه معنًى، وتَحِلُّ ذَبيحةُ المُسْتَأنَسِ؛ لأنّ التّحريمَ خُصّ بالصّيْدِ، فبقيَ غيرُه على عُمومِ الإباحةِ، ويَحِلُّ له صَيْدُ البحْرِ؛ لقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ [المائدة:٩٦] وقد مَرّ ذلك.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى مَحَلِّ الذّكاةِ:

فمنها: تعيينُ المحَلِّ بالتّسْميةِ في الذّكاةِ الاختياريّةِ، ولا يُشْتَرَطُ ذلك في الذّكاةِ الاضْطِراريّةِ وهي الرّمْيُ والإرسالُ إلى الصّيْدِ؛ لأنّ الشّرطَ في الذّكاةِ الاختياريّةِ ذِكرُ اسمِ اللّه تَبارَكَ وتعالى على الذّبيحِ؛ لما تَلونا من الآياتِ، ولا يتحقّقُ ذلك إلاّ بتعيينِ الذّبيحِ بالتّسْميةِ؛ ولأنّ ذِكرَ اللّه تَبارَكَ وتعالى لَمّا كان واجِبًا، فلا بُدّ وأنْ يكونَ مقدورًا، والتّعْيينُ في الصّيْدِ ليس بمقدورٍ؛ لأنّ الصّائدَ قد يَرْمي ويُرْسِلُ على قَطيعٍ من الصّيْدِ وقد يَرْمي ويُرْسِلُ على حِسّ الصّيْدِ، فلا يكونُ التّعْيينُ واجِبًا، والمُسْتَأمَنُ مقدورٌ فيكونُ واجِبًا، وَعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا ذَبَحَ شاةً وسَمّى ثُمّ ذَبَحَ شاةً أُخرى يَظُنُّ أنّ التّسْميةَ الأولى تُجْزي عنهما لم تُؤْكل ولا بُدّ من أنْ يُجَدّدَ لكُلِّ ذَبيحةٍ تَسْميةً على حِدةٍ، ولو رَمَى سَهْمًا[(٢)] فقتَلَ به من الصّيْدِ اثنَيْنِ لا بَأسَ بذلك.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بسهم».

وكذلك لو أرسَلَ كلْبًا أو بازيًا وسَمّى فقَتَلَ من الصّيْدِ اثنَيْنِ فلا بَأسَ بذلك؛ لأنّ التّسْميةَ تجبُ عندَ الفعلِ وهو الذّبْحُ، فإذا تَجدّدَ الفعلُ تُجَدّدُ التّسْميةُ، فأمّا الرّمْيُ والإرسالُ فهو فعلٌ واحدٌ وإنْ كان يتعَدّى إلى مَفْعولَيْنِ فتُجْزي فيه تَسْميةٌ واحدةٌ، ووِزانُ الصّيْدِ من المُسْتَأنَسِ ما لو أضْجَعَ شاتَيْنِ وأمَرّ السِّكّينَ عليهما مَعًا أنّه تُجْزِئُ [١/ ٢٨٤ أ] في ذلك تَسْميةٌ واحدةٌ كما في الصّيْدِ.

فإنْ قِيلَ: هَلاّ جعل ظَنّه أنّ التّسْميةَ على الشّاةِ الأولى تُجْزِئُ عن الثّانيةِ عُذْرًا كنسيانِ التّسْميةِ؟

فالجوابُ: أنّ هذا ليس من باب النِّسْيانِ، بل من [باب] [١] الجهْلِ بحُكمِ الشّرعِ، والجهْلُ بحُكمِ الشّرعِ ليس بعُذْرٍ، والنِّسْيانُ عُذْرٌ ألا تَرَى أنّ مَنْ ظَنّ أنّ الأكلَ لا يُفْطِرُ الصّائمَ فأكل بَطَلَ صومُه، ولو أكل ناسيًا لا يَبْطُلُ، فإنْ نَظَرَ إلى جَماعةٍ من الصّيْدِ فرَمَى بسَهْمٍ وسَمّى وتَعَمّدَها ولم يتعَمّدْ واحدًا بعَيْنِه فأصابَ منها صَيْدًا فقَتَلَه لا بَأسَ بأكلِه، وكذلك الكلبُ والبازي.

وَلو أنّ رجلاً نَظَرَ إلى غَنَمِه، فقال: بسْمِ اللّه، ثُمّ أخذ واحدةً فأضْجَعَها وذَبَحَها وترك التّسْميةَ عامِدًا وظَنّ أنّ تلك التّسْميةَ تُجْزيه لا تُؤْكَلُ؛ لأنّه لم يُسَمِّ عندَ الذّبْحِ، والشّرطُ هو التّسْميةُ على الذّبيحةِ، وذلك بالتّسْميةِ عندَ الذّبْحِ نفسِه لا عندَ النّظَرِ، وتعيينُ الذّبيحةِ مقدورٌ، فيُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ شرطًا، وتعيينُ الصّيْدِ بالرّمْيِ والإرسالِ مُتَعَذّرٌ - لما بيّنّا - فلم يُمْكِنْ أنْ يُجْعَلَ شرطًا.

ولو رَمَى صَيْدًا بعَيْنِه أو أرسَلَ الكلبَ أو البازيَ على [٢] صَيْدٍ بعَيْنِه فأخطَأ فأصابَ غيرَه يُؤْكَلُ، وكذا لو رَمَى ظَبْيًا فأصابَ طَيْرًا أو أرسَلَ على ظَبْيٍ فأخذ طَيْرًا؛ لأنّ التّعْيينَ في الصّيْدِ ليس بشرطٍ.

ومنها: قيامُ أصلِ الحياةِ في المُسْتَأمَنِ وقتَ الذّبْحِ، قَلّتْ: أو كثُرَتْ في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله لا يُكتَفَى بقيامِ أصلِ الحياةِ، بل تُعْتَبَرُ حَياةٌ مقدرةٌ كالشّاةِ المريضةِ والوقيذةِ والنّطيحةِ وجَريحةِ السّبُعِ إذا لم يَبْقَ فيها إلاّ حَياةٌ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «إلى».

قَليلةٌ، عُرِفَ ذلك بالصّياحِ، أو بتَحْريكِ الذّنَب، أو طرْفِ العيْنِ، أو التّنَفُّسِ.

وأمّا خُروجُ الدّمِ فلا يَدُلُّ على الحياةِ إلاّ إذا كان يَخْرُجُ كما يَخرُجُ من الحيِّ المُطْلَقِ، فإذا ذَبَحَها وفيها قَلِيلُ حَياةٍ على الوجه الذي ذَكَرْنا تُؤْكَلُ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه [وهو ظاهر الرواية عنه] (١)، وعن أبي يوسُفَ رِوايَتانِ: في ظاهرِ الرِّوايةِ عنه أنّه إنْ كان يعلَمُ أنّها لا تَعيشُ مع ذلك فذَبَحَها لا تُؤْكَلُ، وإنْ كان يعلَمُ أنّها تَعيشُ مع ذلك فذَبَحَها تُؤْكَلُ، وفي رِوايةٍ قال: (إنْ كان لها) (٢) من الحياةِ مِقْدارُ ما تَعيشُ به أكثَرَ من نصفِ يومٍ فذَبَحَها تُؤْكَلُ وإلاّ فلا.

وقال محمدٌ رحمه الله: إنْ كان لم يَبْقَ من حَياتِها إلاّ قدرُ حَياةِ المذبوحِ بعدَ الذّبْحِ أو أقَلُّ فذَبَحَها لا تُؤْكَلُ، وإنْ كان أكثرَ من ذلك تُؤْكَلُ.

وذَكَر الطّحاويُّ قول محمّدٍ مُفَسّرًا فقال: إنّ على قولِ محمّدٍ إنْ لم يَبْقَ معها إلاّ الاضْطِرابَ للموتِ فذَبَحَها هكذا فإنّها لا تَحِلُّ، وإنْ كانت تَعيشُ مُدّةً كاليومِ أو كنصفِه حلّتْ.

وَجهُ قولِهما: أنّه إذا لم يكنْ لها حَياةٌ مُسْتَقِرّةٌ على الوجه الذي ذَكَرْنا كانت مَيْتةً معنًى، فلا تَلْحقُها الذّكاةُ كالميْتةِ حقيقةً.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة:٣] استَثْنَى سبحانه وتعالى المُذَكّى من الجملةِ المُحَرّمةِ، والاستثناءُ من التّحريمِ إباحةٌ، وهذه مُذَكّاةٌ لوجودِ فريِ الأوداجِ مع قيامِ الحياةِ، فدخلَتْ تحت النّصّ.

وأمّا الصّيْدُ إذا جَرَحَه السّهْمُ أو الكلبُ فأدرَكَه صاحِبُه حَيًّا فإنْ ذَكّاه يُؤْكَلُ بلا خلافٍ بين أصحابنا كَيْفَما كان سَواءٌ كانت فيه حَياةٌ مُسْتَقِرّةٌ أو لم تَكُنْ، وخرج الجُرْحُ من أنْ يكونَ ذَكاةً في حقّه وصار ذَكاتُه الذّبْحَ في الحياةِ المُسْتَقِرّةِ ذَكاةً مُطْلَقةً فيدخلُ تحت النّصّ، وإنْ لم يكنْ فيه حَياةٌ مُسْتَقِرّةٌ، فعلى أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله ذَكاتُه الذّبْحُ وقد وُجِدَ لوجودِ أصلِ الحياةِ فصار مُذَكًّى (٣).

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «إذا كان بها».

(٣) في المخطوط: «مدركًا».

وعلى أصلِهما لا حاجةَ إلى الذّبْحِ؛ لأنّه صار مُذَكًّى [١] بالجُرْحِ، فالذّبْحُ [٢] بعدَ ذلك لا يَضُرُّ إنْ كان لا يَنْفعُ، وإنْ لم يُذَكِّه [٣] وهو قادِرٌ على ذَبْحِه فتركه حتّى مات، فإنْ كانت فيه حَياةٌ مُسْتَقِرّةٌ لا يُؤكَلُ؛ لأنّ ذَكاتَه تَحوّلَتْ من الجُرْحِ إلى الذّبْحِ، فإذا لم يُذْبَحْ كان مَيْتةً، وإنْ كانت حَياتُه غيرَ مُسْتَقِرّةٍ يُؤكَلُ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه وإنْ قَلّتْ من غيرِ ذَكاةٍ بخلافِ المُسْتَأنَسِ عندَه.

والفرقُ له: أنّ الرّمْيَ والإرسالَ إذا اتّصلَ به الجُرْحُ كان ذَكاةً في الصّيْدِ، فلا تُعْتَبَرُ هذه الحياةُ بعدَ وجودِ الذّكاةِ، ولم تَتَقَوّم [٤] ذَكاةٌ في المُسْتَأنَسِ، فلا بُدّ من اعتِبارِ هذا القدرِ من الحياةِ لتَحقُّقِ الذّكاةِ.

وأمّا عندَهما فكذلك لكنْ على اختلافِ تَفْسيرِهما للحَياةِ المُسْتَقِرّةِ وغيرِ المُسْتَقِرّةِ على ما ذَكَرْنا في المُسْتَأنس، هكذا ذَكَرَ عامّةُ المشايخِ رحمهم الله.

وذَكَرَ الجصّاصُ رحمه الله وقال: يجبُ أنْ يكونَ قولُ أبي حنيفةَ رحمه الله في الصّيْدِ مثلَ قولِه في المُسْتَأنَسِ (على أنّ) [٥] قوله: يجبُ الذّبْحُ في جميعِ الأحْوالِ لا يَحِلُّ بدونِه سَواءٌ كانتِ الحياةُ مُسْتَقِرّةً أو غيرَ مُسْتَقِرّةٍ، وقد ذَكَرْنا وجهَ الفرقِ له على قولِ عامّةِ المشايخِ رحمهم الله.

وإنْ مات قبل أنْ يقدِرَ على ذَبْحِه؛ لضيقِ الوقتِ، أو لعَدَمِ آلةِ الذّكاةِ، ذَكَرَ القُدوريُّ [١/ ٢٨٤ ب] عليه الرّحمةُ أنّه لا يُؤكَلُ عندَنا، وعندَ محمّدِ بنِ شُجاعٍ البلْخيّ ومحمّدِ بنِ مُقاتِلٍ الرّازيّ رحمهما الله يُؤكَلُ استِحْسانًا، أشارَ إلى أنّ القول بالحُرْمةِ قياسٌ، ومن مَشايِخِنا رحمهم الله مَنْ جعل جَوابَ الاستِحْسانِ مذهبَنا أيضًا وتَرَكوا القياسَ.

وَجهُ القياسِ: أنه لَمّا ثَبَتَتْ يَدُه عليه فقد خرج من أنْ يكونَ صَيْدًا؛ لزوالِ معنى الصّيْدِ وهو التّوَحُّشُ [والامتِناعُ] [٦]، فيَزولُ الحُكمُ المُخْتَصُّ بالصّيْدِ، وهو اعتِبارُ الجُرْحِ ذَكاةً، وصار كالشّاةِ إذا مَرِضَتْ وماتتْ في وقتٍ لا يَتّسِعُ لذَبْحِها أنّها لا تُؤكَلُ كذا هذا.

---

(١) في المخطوط: «مدركًا».
(٢) في المخطوط: «فالجرح».
(٣) في المخطوط: «يدركه».
(٤) في المخطوط: «تنعدم».
(٥) في المخطوط: «أن على».
(٦) ليست في المخطوط.

وَجهُ الاستِحْسانِ: أنّ الذّبحَ هو الأصلُ في الذّكاةِ، وإنّما يُقامُ الجُرْحُ مقامَه [خلَفًا عنه وقد وُجِدَ شرطٌ بخلافِه وهو العجْزُ عن الأصلِ فيُقامُ الخلَفُ مقامَه] (١) كما في سائرِ الأخلافِ مع أُصولِها.

وقال أصحابُنا رحمهم الله: لو جَرَحَه السّهْمُ أو الكلبُ فأدرَكَه لكنْ لم يأخُذْه حتّى مات، فإنْ كان في وقتٍ لو أخذه يُمْكِنُه ذَبْحُه فلم يأخُذْه حتّى مات لم يُؤكل؛ لأنّ الذّبْحَ صار مقدورًا عليه فخرج الجُرْحُ من أنْ يكونَ ذَكاةً، وإنْ كان لا يُمْكِنُه ذَبْحُه أكل؛ لأنّه إذا لم يأخُذْه ولا يتمكّنُ من ذَبْحِه لو أخذه بقيَ ذَكاتُه الجُرْحُ السّابقُ، ودَلّتْ هذه المسألةُ على أنّ جَوابَ الاستِحْسانِ في المسألةِ المُتَقَدِّمةِ مذهبُ أصحابنا جميعًا؛ لأنّه لا فرقَ بين المسألَتَيْنِ سِوَى أنّ هناك أخذ وههنا لم يأخُذْ، وما يصْنَعُ بالأخذِ إذا لم يقدِرْ على ذَكاتِه.

وجوابُ القياسِ عن هذا: أنّ حقيقةَ القُدْرةِ والتّمكُّنِ لا عِبْرةَ بها؛ لأنّ النّاسَ مُخْتَلِفونَ في ذلك، فإنّ منهم مَنْ يتمَكّنُ من الذّبْحِ في زَمانٍ قَليلٍ؛ لهِدايَتِه في ذلك، ومنهم مَنْ لا يتمَكّنُ إلاّ في زَمانٍ طَويلٍ لقِلّةِ هِدايَتِه فيه فلا يُمْكِنُ بناءُ الحُكمِ على حقيقةِ القُدْرةِ والتّمكُّنِ، فيُقامُ السّبَبُ الظّاهرُ وهو ثُبوتُ اليدِ مقامَها كما في السّفَرِ مع المشَقّةِ وغيرِ ذلك.

وَذَكَرَ ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه رحمه الله عن أبي يوسُفَ: لو أنّ رجلاً قَطَعَ شاةً نصفَيْنِ، ثُمّ إنّ رجلاً فرَى أوداجَها والرّأسُ يتحَرّكُ أو شَقّ بَطْنَها فأخرَجَ ما في جَوْفِها وفرَى رجلٌ آخَرُ الأوداجَ فإنّ هذا لا يُؤكَلُ؛ لأنّ الأوّلَ قاتِلٌ.

وذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله أنّ هذا على وجهَيْنِ: إنْ كانتِ الضّرْبةُ مِمّا يَلي العجُزَ لم تُؤكَلِ الشّاةُ وإنْ كانت مِمّا يَلي الرّأسَ أُكِلَتْ؛ لأنّ العُروقَ المشْروطةَ في الذّبْحِ مُتّصِلةٌ من القلْبِ إلى الدّماغِ، فإذا كانتِ الضّرْبةُ مِمّا يَلي الرّأسَ فقد قَطَعَها فحَلّتْ، وإنْ كانت مِمّا يَلي العجُزَ فلم يقطَعْها فلم تَحِلّ.

وأمّا خُروجُ الدّمِ بعدَ الذّبْحِ فيما لا يَحِلُّ إلاّ بالذّبْحِ فهل هو من شرائطِ الحِلّ؟ فلا رِوايةَ فيه، واختلف المشايِخُ على ما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ، وكذا التّحَرُّكُ بعدَ الذّبْحِ هل هو شرطُ ثُبوتِ الحِلّ، فلا رِوايةَ فيه أيضًا عن أصحابنا.

---

(١) ليست في المخطوط.

وذُكِرَ في بعضِ الفتاوَى أنّه لا بُدّ من أحدِ شيئَيْنِ:

إمّا التّحرُّكُ، وإمّا خُروجُ الدّمِ، فإنْ لم يوجدْ لا يَحِلُّ كأنّه جعل وجودَ أحدِهما بعدَ الذّبحِ عَلامةَ الحياةِ وقتَ الذّبحِ، فإذا لم يوجدْ لم تُعْلم حَياتُه وقتَ الذّبحِ فلا يَحِلُّ.

وقال بعضهم: إنْ عُلِمَ حَيَاتُه وقتَ الذّبحِ بغيرِ التّحرُّكِ يَحِلُّ وإنْ لم يتحرّك بعدَ الذّبحِ ولا خرج منه الدّمُ واللّه أعلَمُ.

ومنها: ما يَخُصُّ الذّكاةَ الاضْطِراريّةَ، وهو أنْ لا يكونَ صَيْدَ الحرَمِ، فإنْ كان لا يُؤْكَلُ ويكونُ مَيْتَةً سَواءٌ كان المُذَكّي مُحْرِمًا أو حَلالاً؛ لأنّ التّعرُّضَ لصَيْدِ الحرَمِ بالقتلِ والدّلالةِ والإشارةِ مُحَرّمٌ حقًّا للّه تعالى، قال اللّه تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا [وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾ [العنكبوت: ٦٧]][1].

وقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام في صِفةِ الحرَم: «ولا يُنَفّرُ صَيْدُه»[2] والفعلُ في المُحَرّمِ شرعًا لا يكونُ ذَكاةً، وسَواءٌ كان مولِدُه الحرَمَ أو دخلَ من الحِلّ إليه؛ لأنّه يُضافُ إلى الحرَمِ في الحالَيْنِ، فيكونُ صَيْدَ الحرَمِ.

وَأمّا الذي يرجعُ إلى آلةِ الذّكاةِ:

فمنها: أنْ يكونَ ما يُصْطادُ به من الجوارِحِ من الحيَواناتِ من ذي النّاب من السّباعِ وذي المِخْلَب من الطّيْرِ مُعَلّمًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] معطوفًا على قولِه سبحانه وتعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤] أي أُحِلّ لَكُمُ الطّيّباتُ وأُحِلّ لَكُم ما عَلّمْتُم من الجوارِحِ، أي الاصْطيادُ بما عَلّمْتُم من الجوارِحِ كأنّهم سَألوا النّبيّ عليه الصلاة والسلام عَمّا يَحِلُّ لهم الاصْطيادُ به من الجوارِحِ أيضًا مع ما ذُكِرَ في بعضِ القِصّةِ أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام لَمّا أمر بقَتْلِ الكِلاب أتاه ناسٌ فقالوا: ماذا يَحِلُّ لَنا من هذه الأُمّةِ التي أمرتَ بقَتْلِها؟ فنزل قوله تعالى جَلّ شَأنُه: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب: لا يحل القتال بمكة برقم (١٨٣٤)، ومسلم كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها برقم (١٣٥٣)، والنسائي، كتاب مناسك الحج، باب حرمة مكة برقم (٢٨٧٤)، وأحمد برقم (٢٣٤٩)، وابن حبان (٩/ ٣٦) برقم (٣٧٢٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٩٩) برقم (١١٨٩٨) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

لَهُمْ﴾ [المائدة:٤] الآيةَ (١)، ففي الآيةِ الكريمةِ اعتِبارُ الشّرطَيْنِ، وهما الجُرْحُ، والتّعليمُ، حيثُ قال عَزّ شأنُه: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة:٤]؛ لأنّ الجوارِحَ هي التي تَجْرَحُ مأخوذٌ من الجُرْحِ.

وقيلَ: الجوارِحُ الكواسِبُ، قال اللّه عَزّ شأنُه: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ﴾ [الأنعام:٦٠] أي كسَبْتُم والحمْلُ على الأوّلِ أولى؛ لأنّه حَمْلٌ على المعنيَيْنِ؛ لأنّها بالجِراحةِ تكسِبُ وقوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة:٤] قُرِئَ بالخفْضِ والنّصْب، وقيلَ: بالخفْضِ صاحِبُ الكلب يُقالُ: كلاّبٌ ومُكَلِّبٌ، والمكلَّبَ - بالنّصْب -: الكلبُ المُعَلّمُ، وقيلَ: المُكَلّبينِ بالخفْضِ: الكِلابُ التي يُكالِبنَ الصّيْدَ [١/ ٢٨٥ أ] أي يأخُذْنَه عن شِدّةٍ، فالكلبُ هو الآخِذُ عن شِدّةٍ، ومنه الكلّوبُ للآلةِ التي يُؤْخَذُ بها الحديدُ.

وقوله جلّتْ عظمتُه: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ [المائدة:٤] أي: تُعَلّمونَهُنّ لِيُمْسِكنَ الصّيْدَ لَكُم ولا يأكُلْنَ منه وهذا حَدُّ التّعليمِ في الكلب عندَنا على ما نَذْكُرُه إنْ شاء اللّه تعالى، فدَلّتِ الآيةُ الكريمةُ على أنّ كونَ الكلب مُعَلّمًا شرطٌ لإباحةِ أكلِ صَيْدِه فلا يُباحُ أكلُ صَيْدِ غيرِ المُعَلّمِ.

وإذا ثَبَتَ هذا الشّرطُ في الكلب بالنّصّ ثَبَتَ في كُلّ ما هو في معناه من كُلّ ذي نابٍ من السّباعِ كالفهْدِ وغيرِه مِمّا يحتملُ التّعَلّمَ بدَلالةِ النّصّ؛ لأنّ فعلَ الكلب إنّما يُضافُ إلى المُرْسِلِ بالتّعليمِ إذِ المُعَلّمُ هو الذي يعملُ لصاحِبه فيأخُذُ لصاحِبه ويُمْسِكُ على صاحِبه فكان فعلُه مُضافًا إلى صاحِبه فأمّا غيرُ المُعَلّمِ فإنّما يعملُ لنفسِه لا لصاحِبه فكان فعلُه مُضافًا إليه (٢) لا إلى المُرْسِلِ، لذلك شُرِطَ كونُه مُعَلّمًا ثُمّ لا بُدّ من معرِفةِ حَدّ التّعليمِ في الجوارِحِ من ذي النّاب كالكلب ونحوِه وذي المِخْلَب كالبازي ونحوِه.

أمّا تعليمُ الكلب: فهو أنّه إذا أُرْسِلَ اتّبَعَ الصّيْدَ وإذا أخذه أمسَكَه على صاحِبه ولا يأكلُ منه شيئًا وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ.

وقال مالِكٌ رحمه الله: تَعليمُه أنْ يَتْبَعَ الصّيْدَ إذا أُرْسِلَ ويُجيبَ إذا دُعيَ (٣)، وهو أحدُ

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير»، (١/ ٣٢٥)، برقم (٩٧١)، وقال الهيثمي في «المجمع»، (٤/ ٤٣): رواه الطبراني في «الكبير»، وفيه موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف.

(٢) في المخطوط: «إلى نفسه».

(٣) مذهب المالكية: أن الصيد يؤكل وإن أكل منه الكلب. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٢٠١).

قولي الشّافعيِّ رحمه الله حتّى لو أخذ صَيْدًا فأكل منه لا يُؤْكَلُ عندَنا [١] وعندَه يُؤْكَلُ [٢].

وَجهُ قولِه: أنّ كونَه مُعَلّمًا إنّما شُرِطَ للاصْطيادِ فيُعْتَبَرُ حالةَ الاصْطيادِ وهي حالةُ الاتّباعِ، فأمّا الإمساكُ على صاحِبه وتَرْكُ الأكلِ يكونُ بعدَ الفراغِ عن الاصْطيادِ فلا يُعْتَبَرُ في الحدِّ.

ولنا الكِتابُ والسُّنّةُ والمعقولُ:

امّا الكِتابُ: فقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] في الآيةِ الكريمةِ إشارةٌ إلى أنّ حَدّ تَعليمِ الكلب وما هو في معناه ما قُلْنا، وهو الإمساكُ على صاحِبه وتَرْكُ الأكلِ منه؛ لأنّه شرَطَ التّعليم ثُمّ أباحَ أكلَ ما أمسَكَ علينا فكان هذا إشارةً إلى أنّ التّعليمَ هو أنْ يُمْسِكَ علينا الصّيْدَ ولا يأكلَ منه.

يُقَرِّرُه أنّ اللّهَ تعالى إنّما أباحَ أكلَ صَيْدِ المُعَلّمِ من الجوارِحِ المُمْسِكِ على صاحِبه، ولو لم يكنْ تَرْكُ الأكلِ من حَدِّ التّعليمِ وكان ما أكل منه حَلالاً لاستَوَى فيه المُعَلّمُ وغيرُ المُعَلّمِ والمُمْسِكُ على صاحِبه وعلى نفسِه؛ لأنّ كُلّ كلْبٍ يَطْلُبُ الصّيْدَ ويُمْسِكُه لنفسِه حتّى يموتَ إنْ أرسَلْتَ عليه وأغْرَيْتَه إلاّ المُعَلّمَ.

وامّا السُّنّةُ: فما رُوِيَ عن عَدِيِّ بنِ حاتمٍ الطّائيِّ أنّه قال: قُلْت: يا رسول اللّه إنّا قَوْمٌ نَتَصَيّدُ بهذه الكِلاب والبُزاةِ فما يَحِلُّ لَنا منها؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «يَحِلُّ لَكُم ما عَلّمْتُم من الجوارِحِ مُكَلِّبينَ تُعَلِّمونَهُنّ مِمّا عَلّمَكُمُ الله فكُلوا مِمّا أمسَكنَ عليكُم مِمّا عَلّمْتُموهُنّ من كلْبٍ أو بازٍ وذَكَرْتُم اسمَ اللّه عليه» [٣]، قُلْت: فإنْ قَتَلَ؟ قال عليه الصلاة والسلام: «إذا قَتَلَه ولم يأكلْ منه (فكُلْ، فإنّما) [٤] أمسَكَ عليكَ، وإنْ أكل فلا تَأكُلْ فإنّما أمسَكَ على نفسِه» فقُلْت يا رسول اللّه: أرأيت إنْ خالَطَ كِلابَنا كِلابٌ أُخرى؟ قال عليه الصلاة والسلام: «إنْ خالَطَتْ كِلابَكَ كِلابٌ أُخرى فلا تَأكُلْ فإنّكَ إنّما ذَكَرْتَ اسمَ اللّه تعالى على كلْبِكَ ولم تَذْكُرْه على

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٢٠١).
(٢) مذهب الشافعية: لا يؤكل إذا أكل الكلب من الصيد. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٢٠١).
(٣) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب الصيد، باب في الصيد، برقم (٢٨٥١)، وأحمد برقم (١٧٧٩٤)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٣٨) من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه، انظر صحيح سنن أبي داود.
(٤) في المخطوط: «فقد».

كلب غيرِكَ» [(١)].

وعن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: إذا أكل الكلبُ من الصّيْدِ فليس بمُعَلّمٍ [(٢)]، وعنه أيضًا أنّه قال: إذا أكل الكلبُ فلا تَأكُلْ [(٣)]، وإذا أكل الصّقْرُ فكُلْ؛ لأنّ الكلبَ تَسْتَطيعُ أنْ تَضْرِبَه والصّقْرَ لا.

وعن ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما أنّه قال: إذا أكل الكلبُ من الصّيْدِ فلا تَأكُلْ واضْرِبْه.

وأمّا المعقولُ فمن وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّ أخذَ الصّيْدِ وقَتْلَه مُضافٌ إلى المُرْسِلِ وإنّما الكلبُ آلةُ الأخذِ والقتلِ وإنّما يكونُ مُضافًا إليه إذا أمسَكَ لصاحِبه لا لنفسِه؛ لأنّ العامِلَ لنفسِه يكونُ عَمَلُه مُضافًا إليه لا إلى غيرِه والإمساكُ على صاحِبه أنْ يَتْرُكَ الأكلَ منه وهو حَدُّ التّعليمِ.

والثاني: أنّ تَعليمَ الكلب ونحوِه هو تَبْديلُ طَبْعِه وفِطامِه عن العادةِ المألوفةِ ولا يتحقّقُ ذلك إلاّ بإمساكِ الصّيْدِ لصاحِبه وتَرْكِ الأكلِ منه؛ لأنّ الكلبَ ونحوَه من السِّباعِ من طِباعِهم أنّهم إذا أخَذوا الصّيْدَ فإنّما يأخُذونَه لأنْفُسِهم ولا يصْبرونَ على أنْ لا يتناوَلوا منه فإذا أخذ واحدٌ منهم الصّيْدَ ولم يتناوَلْ منه دَلّ أنّه ترك عادَتَه حيثُ أمسَكَ لصاحِبه ولم يأكلْ منه، فإذا أكل منه دَلّ أنّه على عادَتِه سَواءٌ اتّبَعَ الصّيْدَ إذا أُغْرِيَ واستَجابَ إذا دُعيَ أو لا؛ لأنّه ألُوفٌ في الأصلِ يُجيبُ إذا دُعيَ ويَتّبعُ إذا أُغْرِيَ فلا يصْلُحُ ذلك دَليلاً على تَعَلُّمِه فثَبَتَ أنّ معنى التّعليمِ لا يتحقّقُ إلاّ بما قُلْنا وهو أنْ يُمْسِكَ الصّيْدَ على صاحِبه ولا يأكلَ منه.

ثُمّ في ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه لا تَوْقيتَ في تَعليمِه أنّه إذا أخذ صَيْدًا ولم يأكلْ منه هل يصيرُ مُعَلّمًا أم يَحْتاجُ فيه إلى التّكرارِ؟ وكان يقولُ: إذا كان مُعَلّمًا فكُلْ كذا ذَكَرَ في الأصلِ، وهكذا رَوَى بِشْرُ بنُ الوليدِ رحمه الله عن أبي يوسُفَ قال: سَألتُ أبا حنيفةَ رحمه الله ما حَدُّ تَعليمِ الكلبِ؟ قال: أنْ يقول أهلُ [١/ ٢٨٥ ب] العلمِ بذلك أنّه مُعَلّمٌ.

---

(١) ينظر ما قبله.
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٢٣٢).
(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤/ ٤٧٤) برقم (٨٥٢١).

وذَكَرَ الحسَنُ بنُ زيادٍ في المُجَرّدِ عن أبي حنيفةَ رحمه الله أنّه قال: لا يأكلُ (ما يصيدُ أوّلاً) [١] ولا الثّانيَ ولو أكلَ الثالِثَ وما بعدَه وأبو يوسُفَ ومحمّدٌ رحمهما الله قَدّراه بالثّلاثِ فقالا: إذا أخذ صَيْدًا فلم يأكلْ، (ثُمّ صادَ ثانيًا) [٢] فلم يأكلْ، ثُمّ صادَ ثالِثًا فلم يأكلْ فهذا مُعَلّمٌ، فأبو حنيفةَ رضي الله عنه على الرِّوايةِ المشْهورةِ عنه إنّما رَجَعَ في ذلك إلى أهلِ الصِّناعةِ ولم يُقَدِّرْ فيه تقديرًا؛ لأنّ حالَ الكلب في الإمساكِ وتَرْكِ الأكلِ يختلِفُ فقد يُمْسِكُ للتّعليمِ وقد يُمْسِكُ للشِّبَعِ ففَوّضَ ذلك إلى أهلِ العلمِ بذلك.

وعلى الرّوايةِ الأُخرى: جعل أصلَ التّكرارِ دَلالةَ التّعَلُّمِ؛ لأنّ الشِّبَعَ لا يَتّفِقُ في كُلِّ مَرّةٍ فدَلّ تَكرارُ التّرْكِ على التّعليمِ، وأبو يوسُفَ ومحمّدٌ رحمهما الله قَدّرا التّكرارَ بثلاثِ مَرّاتٍ لما أنّ الثّلاثَ موضوعةٌ لإبْداءِ الأعذارِ أصلُه قضيّةُ سَيِّدِنا موسَى عليه وعلى نَبيِّنا أفْضَلُ الصّلاةِ والسّلامِ مع العبدِ الصّالِحِ حيثُ قال له في المرّةِ الثّالِثةِ: ﴿إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَٰحِبْنِي قَدْ بَلَغْتَ مِن لَّدُنِّي عُذْرًا﴾ [الكهف:٧٦].

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه قال: مَنِ اتّجَرَ في شيءٍ ثلاثَ مَرّاتٍ فلم يَرْبَحْ فلْيَنْتَقِلْ إلى غيرِه [٣]، ثُمّ إذا صار مُعَلّمًا في الظّاهِرِ على اختلافِ الأقاويلِ وصادَ به صاحِبُه ثُمّ أكل بعدَ ذلك فما صادَ قبل ذلك لا يُؤْكَلُ شيءٌ منه إنْ كان باقيًا في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله: يُؤْكَلُ كُلُّه.

وَجهُ قولِهما: أنّ أكْلَ الكلبِ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ لعَدَمِ التّعَلُّمِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ مع التّعَلُّمِ لفَرْطِ الجوعِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ للنِّسْيانِ؛ لأنّ المُعَلّمَ قد يَنْسَى فلا يَحْرُمُ ما تَقَدّمَ من الصّيودِ بالشّكِّ والاحتمالِ.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ عَلامةَ التّعَلُّمِ لَمّا كانت تَرْكَ الأكلِ فإذا أكل بعدَ ذلك عُلِمَ أنّه لم يكنْ مُعَلّمًا وأنّ إمساكَه لم يكنْ لصَيْرورَتِه مُعَلّمًا بل لشِبَعِه في الحالِ إذْ غيرُ المُعَلّمِ قد يُمْسِكُه بشِبَعِه للحالِ إلى وقتِ الحاجةِ فاستَدْلَلْنا بأكلِه بعدَ ذلك على أنّ إمساكَه في الوقتِ الذي قبله كان على غيرِ حقيقةِ التّعليمِ أو يحتملُ ذلك فلا تَحِلُّ مع الاحتمالِ احتياطًا.

---

(١) في المخطوط: «أول ما يصيد». (٢) في المخطوط: «وأخذ آخر».
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٨) برقم (٢٣٢١٣).

ومن المشايخِ مَنْ حَمَلَ جَوابَ أبي حنيفةَ رحمه الله على ما إذا كان زَمانُ الأكلِ قَريبًا من زَمانِ التّعليمِ ؛ لأنّه إذا كان كذلك فالأكلُ يَدُلُّ على عَدَمِ التَعلُّم ، وأنّه إنّما ترك الأكلَ فيما تَقَدّمَ للشِّبَعِ لا للتّعليم ؛ لأنّ المُدّةَ القصيرةَ لا تَتَحمّلُ النِّسْيانَ في مثلِها فإذا طالَتِ المُدّةُ فيجوزُ أنْ يُقال : إنّه يُؤْكَلُ ما بقيَ من الصّيودِ المُتَقَدِّمةِ ؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ الأكلُ للنِّسْيانِ لا لعَدَمِ التّعَلُّمِ لوجودِ مُدّةٍ لا يَنْدُرُ النِّسْيانُ في مثلِها إلاّ أنّ ظاهرَ الرِّوايةِ عنه مُطْلَقٌ عن هذا التّفصيلِ وإطلاقُ الرِّوايةِ يقتَضي أنّه لا يُؤْكَلُ على كُلِّ حالٍ والوجه ما ذَكَرْنا .

وأما قولهم: إنّ النِّسْيانَ لا يَنْدُرُ عندَ طولِ المُدّةِ ، فنقولُ : مَنْ تَعَلّمَ حِرْفةً بتَمامِها وكَمالِها فالظّاهرُ أنّه لا يَنْساها بالكُلّيّةِ وإنْ طالَتْ مُدّةُ عَدَمِ الاستعمالِ لكنْ رُبّما يدخلُها خَلَلٌ كصَنْعةِ الكِتابةِ والخياطةِ والرّمْيِ إذا تركها صاحِبُها مُدّةً طَويلةً فلَمّا أكل وحِرْفَتُه تَرْكُ الأكلِ دَلّ أنّه لم يكنْ تَعَلّمَ الحِرْفةَ من الأصلِ وأنّه إنّما لم يأكلْ قبل ذلك لا للتّعَلُّمِ بل لشِبَعِه في الحالِ فلا تَحِلُّ صُيودُه المُتَقَدِّمةُ .

وأمّا في المُسْتقبَلِ فلا يَحِلُّ صَيْدُه إلاّ بتَعليمٍ مُسْتَأنَفٍ بلا خلافٍ ، فأمّا على قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه فلأنّه تبيّنَ بالأكلِ أنّه لم يكنْ مُعَلّمًا وأنّ تَرْكَ الأكلِ لم يكنْ للتّعَلُّمِ بل لشِبَعِه للحالِ .

وأما على قولهما: فلأنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ لم يتعَلّم كما قال أبو حنيفةَ رحمه الله ، ويُحْتَمَلُ أنّه نَسيَ وكيفما كان لا يَحِلُّ صَيْدُه في المُسْتقبَلِ إلاّ بتَعليمٍ مُبْتَدَإٍ وتَعليمُه في الثّاني بما به تَعليمُه في الأوّلِ وقد ذَكَرْنا الاختلافَ فيه .

وَلو جَرَحَ الكلبُ الصّيْدَ ووَلَغَ في دَمِه يُؤْكَلُ ؛ لأنّه قد أمسَكَ الصّيْدَ على صاحِبه وإنّما لو ولغَ فيما أمسَكَ على صاحِبه لَكان لا يأكلُه صاحِبُه وذلك من غايةِ تَعَلُّمِه حيثُ تَناوَلَ الخبيثَ وأمسَكَ الطّيِّبَ على صاحِبه .

وذكرَ في الأصلِ: في رجلٍ أرسَلَ كلبَه على صَيْدٍ وهو مُعَلّمٌ فأخذ صَيْدًا فقتَلَه وأكل منه ثُمّ اتّبَعَ آخرَ فقتَلَه ولم يأكلْ منه قال : لا يُؤْكَلُ واحدٌ منهما ؛ لأنّه لَمّا أكل دَلّ على عَدَمِ التّعَلُّمِ أو على النِّسْيانِ فلا يَحِلُّ صَيْدُه بعدَ ذلك ، فإنْ أخذ الكلبُ المُعَلّمُ صَيْدًا فأخذه منه صاحِبُه وأخذ صاحِبُ الكلب من الصّيْدِ قِطْعةً فألقاها إلى الكلب فأكلها [الكلبُ] (١) فهو

---

(١) ليست في المخطوط .

على تَعَلُّمِه؛ لأنّ تَرْكَ الأكلِ إنّما يُعْتَبَرُ حالَ أخذِه الصَّيْدَ فأكلُه بإطعامِ صاحِبه بعدَ الأخذِ لا يقدَحُ في التَّعَلُّمِ مع ما أنّ من عادةِ الصّائدِ بالكلب أنّه إذا أخذ الكلبُ الصّيْدَ أنْ يُطْعِمَه من لَحمِه تَرْغيبًا له على الصّيْدِ فلا يكونُ أكلُه بإطعامِه دَليلاً على عَدَمِ التَّعَلُّمِ.

وكذلك لو كان صاحِبُ الكلب أخذ الصّيْدَ من الكلب ثُمّ وثَبَ الكلبُ على الصّيْدِ فأخذ منه قِطْعةً فأكلها وهو في يَدِ صاحِبه فإنّه على [١/ ٢٨٦ أ] تَعَلُّمِه [1]؛ لأنّ الأكلَ بعدَ ثُبوتِ يَدِ الآدَميّ عليه بمنزلةِ الأكلِ من غيرِه فلا يقدَحُ في التّعليم.

وكذلك قالوا: لو سَرَقَ الكلبُ من الصّيْدِ بعدَ دَفْعِه إلى صاحِبه؛ لأنّه إنّما يفعلُ ذلك للجوعِ؛ لأنّ هذا الأكلَ لم يدخل في التّعليمِ، وَإنْ أُرْسِلَ الكلبُ المُعَلّمُ على صَيْدٍ فتبعَه فنَهَشَه فقَطَعَ منه قِطْعةً فأكلها ثُمّ أخذ الصّيْدَ بعدَ ذلك فقتَلَه ولم يأكلْ منه شيئًا لا يُؤْكَلُ؛ لأنّ الأكلَ منه في حالِ الاصْطيادِ دَليلٌ على عَدَمِ التَّعَلُّمِ فإنْ نَهَشَه فألقَى منه بَضْعةً والصّيْدُ حَيٌّ ثُمّ اتّبَعَ الصّيْدَ بعدَ ذلك فأخذه فقتَلَه ولم يأكلْ منه شيئًا يُؤْكَلُ؛ لأنّه لم يوجدْ منه ما يَدُلُّ على عَدَمِ التّعليمِ؛ لأنّه إنّما قَطَعَ قِطْعةً منه ليُثْخِنَه فيُتَوَصّلُ به إلى أخذِه فكان بمنزلةِ الجُرْحِ وإنْ أخذ صاحِبُ الكلب الصّيْدَ من الكلب بعدَما قَطَعَه [2] ثُمّ رَجَعَ الكلبُ بعدَ ذلك فمَرّ بتلك القِطْعةِ فأكلها يُؤْكَلُ صَيْدُه؛ لأنّه لو أكل من نفسِ الصّيْدِ في هذه الحالةِ لا يَضُرُّ فإذا أكل مِمّا بانَ منه أولى، وإنِ اتّبَعَ الصّيْدَ فنَهَشَه فأخذ منه بضْعةً فأكلها وهو حَيٌّ فانفلَتَ الصّيْدُ منه ثُمّ أخذ الكلبُ صَيْدًا آخرَ في فوْرِه فقتَلَه ولم يأكلْ منه ذَكَرَ في الأصلِ وقال: أكرَه أكلَه؛ لأنّ الأكلَ في حالةِ الاصْطيادِ يَدُلُّ على عَدَمِ التّعليمِ فلا يُؤْكَلُ ما اصْطادَه بعدَه والله تعالى عَزّ شَأنُه أعلَمُ.

وَأمّا تَعليمُ ذي المِخْلَب كالبازي أو نحوِه فهو أنْ يُجيبَ صاحِبَه إذا دَعاه ولا يُشْتَرَطُ فيه الإمساكُ على صاحِبه حتّى لو أخذ الصّيْدَ فأكل منه فلا بَأسَ بأكلِ صَيْدِه بخلافِ الكلب ونحوِه.

والفرقُ من وجوهٍ:

احدها: أنّ التَّعَلُّمَ بتَرْكِ العادةِ والطّبْعِ، والبازي من عادَتِه التَّوَحُّشُ من النّاسِ والتَّنَفُّرُ منهم بطَبْعِه فإلْفُه بالنّاسِ وإجابَتُه صاحِبَه إذا دَعاه يَكفي دَليلاً على تَعَلُّمِه بخلافِ الكلب

(١) في المخطوط: «تعليمه».

(٢) في المخطوط: «قتله».

فإنّه ألوفٌ بطَبْعِه يألَفُ بالنّاسِ ولا يتوحّشُ منهم فلا يَكفي هذا القدرُ دَليلَ التّعَلُّمِ في حقِّه فلا بُدّ من زيادةِ أمرٍ وهو تَرْكُ الأكلِ.

والثاني: أنّ البازيَ إنّما يُعَلّمُ بالأكلِ فلا يُحْتَمَلُ أنْ يَخْرُجَ بالأكلِ عن حَدِّ التّعليمِ بخلافِ الكلب.

والثالث: أنّ الكلبَ يُمْكِنُ تَعليمُه بتَرْكِ الأكلِ بالضّرب؛ لأنّ جُثّتَه تَتَحَمّلُ الضّرْبَ والبازي لا؛ لأنّ جُثّتَه لا تَتَحَمّلُ [الضرب] (١).

وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنا عَلِيٍّ وابنِ عَبّاسٍ وسَلْمانَ الفارِسيِّ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: إذا أكل الصّقْرُ فكُلْ، وإنْ أكل الكلبُ فلا تَأكُلْ (٢).

وَمنها: الإرسالُ أو الزّجْرُ عندَ عَدَمِه، على وجهٍ يَنْزَجِرُ بالزّجْرِ فيما يحتملُ ذلك وهو الكلبُ وما في معناه حتّى لو تَرَسّلَ (٣) بنفسِه ولم يَزْجُرْه صاحِبُه فيما يَنْزَجِرُ بالزّجْرِ، لا يَحِلُّ صَيْدُه الذي قَتَلَه؛ لأنّ الإرسالَ في صَيْدِ الجوارِحِ أصلٌ ليكونَ القتلُ والجُرْحُ مُضافًا إلى المُرْسِلِ إلاّ أنّ عندَ عَدَمِه يُقامُ الزّجْرُ مُقامَ (٤) الانزِجارِ فيما يحتملُ قيامَ ذلك مقامَه فإذا لم يوجدْ فلا تَثْبُتُ الإضافةُ فلا يَحِلُّ.

ولو أرسَلَ مسلمٌ كلْبَه وسَمّى فزَجَرَه مَجوسيٌّ فانزَجَرَ يُؤْكَلُ صَيْدُه.

ولو أرسَلَ مَجوسيٌّ كلْبَه فزَجَرَه مسلمٌ فانزَجَرَ لا يُؤْكَلُ صَيْدُه.

وكذلك لو أرسَلَ مسلمٌ كلْبَه وترك التّسْمية عَمْدًا (٥) [فاتّبَعَ الصّيْدَ ثُمّ زَجَرَه فانزَجَرَ لا يُؤْكَلُ صَيْدُه.

ولو لم يُرْسِلْه أحدٌ وانبعَثَ بنفسِه] (٦) فاتّبَعَ الصّيْدَ فزَجَرَه مسلمٌ وسَمّى فانزَجَرَ يُؤْكَلُ صَيْدُه وإنْ لم يَنْزَجِرْ لا يُؤْكل، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الإرسالَ هو الأصلُ والزّجْرُ كالخلَفِ عنه والخلَفُ يُعْتَبَرُ حالَ عَدَمِ الأصلِ لا حالَ وجودِه.

ففي المسائلِ الثّلاثِ وُجِدَ الأصلُ فلا يُعْتَبَرُ الخلَفُ إلاّ أنّ في المسألةِ الأولى: المُرْسِلُ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ٢٣٨) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
(٣) في المخطوط: «لم يرسله».
(٤) في المخطوط: «مع».
(٥) في المخطوط: «عامدًا».
(٦) ليست في المخطوط.

من أهلِ الإرسالِ فيُؤْكَلُ صَيْدُه .

وفي المسالةِ الثانيةِ: لا فلا يُؤْكَلُ .

وفي المسالةِ الثالثةِ: لم يوجدِ الأصلُ فيُعْتَبَرُ الخلَفُ فيُؤْكَلُ صَيْدُه إنِ انزَجَرَ وإنْ لم يَنْزَجِرْ لا يُؤْكَلُ؛ لأنّ الزّجْرَ بدونِ الانزِجارِ لا يصْلُحُ خَلَفًا عن الإرسالِ فكان مُلْحقًا بالعدَمِ فيصيرُ [(١)] كأنّه يُرْسَلُ بنفسِه من غيرِ إرسالٍ ولا زَجْرٍ .

ولو أرسَلَه مسلمٌ وسَمّى وزَجَرَه رجلٌ ولم يُسَمِّ على زَجْرِه فأخذ الصّيْدَ وقتَلَه يُؤْكَلُ لما ذَكَرْنا أنّ العِبْرَةَ للإرسالِ فيُعْتَبَرُ وجودُ التّسْميةِ عندَه .

والأصل الآخَرُ لتخريجِ هذه المسائلِ ما ذَكَرَه بعضُ مَشايخِنا أنّ الدّلالةَ لا تُعْتَبَرُ إذا وُجِدَ الصّريحُ بخلافه وإذا لم يوجدْ تُعْتَبَرُ ففي المسائلِ الثّلاثِ وُجِدَ من الكلب صَريحُ الطّاعةِ بالإرسالِ حيثُ عَدا بإرسالِه، وانزِجارُه طاعةٌ للزّاجِرِ بطريقِ الدّلالةِ فلا يُعْتَبَرُ في مُقابَلةِ الصّريحِ .

وفي المسالةِ الرابعةِ: لم يوجدِ الصّريحُ فاعتُبِرَتِ الدّلالةُ . وعلى هذا يُخَرّجُ بقيّةُ المسائلِ [فافهم] [(٢)] .

وَمنها: بقاءُ الإرسالِ وهو أنْ يكونَ أخذُ الكلب أو البازي الصّيْدَ في حالِ فوْرِ [١/ ٢٨٦ب] الإرسالِ لا في حالِ انقِطاعِه حتّى لو أرسَلَ الكلبَ أو البازيَ على صَيْدٍ وسَمّى فأخذ صَيْدًا وقتَلَه ثُمّ أخذ آخرَ على فوْرِه ذلك وقتَلَه ثمّ، وثُمّ يُؤْكَلُ ذلك كُلُّه؛ لأنّ الإرسالَ لم يَنْقَطِعْ فكان الثّاني كالأوّلِ مع ما بيّنّا أنّ التّعْيينَ ليس بشرطٍ في الصّيْدِ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ فكان أخذُ الكلب أو البازي الصّيْدَ في فوْرِ الإرسالِ كوُقوعِ السّهْمِ بصَيْدَيْنِ .

فإنْ أخذ صَيْدًا وجَثَمَ عليه طَويلاً ثُمّ مَرّ به آخَرُ فأخذه وقتَلَه لم يُؤْكل إلاّ بإرسالٍ مُسْتقبَلٍ أو بزَجْرِه وتَسْميةٍ على وجهٍ يَنْزَجِرُ فيما يحتملُ الزّجْرَ لَبُطْلانِ الفوْرِ .

وكذلك إنْ أرسَلَ كلْبَه أو بازَه على صَيْدٍ فعَدَلَ عن الصّيْدِ يمْنةً أو يَسْرةً وتَشاغَلَ بغيرِ طَلَبِ الصّيْدِ وفَتَرَ عن سَنَنِه ذلك، ثُمّ تبعَ صَيْدًا آخَرَ فأخذه وقَتَلَه لا يُؤْكَلُ إلاّ بإرسالٍ مُسْتَأنَفٍ أو أنْ يَزْجُرَه صاحِبُه ويُسَمّيَ فيَنْزَجِرَ فيما يحتملُ الزّجْرَ؛ لأنّه لَمّا تَشاغَلَ بغيرِ [(٣)]

(١) في المخطوط: «فيعتبر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «عن».

طَلَب الصّيْدِ فقد انقطَعَ حُكمُ الإرسالِ فإذا صادَ صَيْدًا بعدَ ذلك فقد تَرَسّلَ بنفسِه فلا يَحِلُّ صَيْدُه إلاّ أنْ يَزْجُرَه صاحِبُه فيما يحتملُ الزّجْرَ لما بيّنّا .

وإنْ كان الذي أرسَلَ فهْدًا ، والفهْدُ إذا أُرْسِلَ كمِنَ ولا يَتّبعُ حتّى يَسْتمكِنَ فيمْكُثُ ساعةً ثُمّ يأخُذُ الصّيْدَ فيقتُلَه فإنّه يُؤْكَلُ .

وكذلك الكلبُ إذا أُرْسِلَ فصَنَعَ كما يصْنَعُ الفهْدُ فلا بَأسَ بأكلِ ما صادَ ؛ لأنّ حُكمَ الإرسالِ لم يَنْقَطِعْ بالكُمونِ ؛ لأنّه إنّما يَكمُنُ ليتمَكّنَ من الصّيْدِ فكان ذلك من أسباب الاصْطيادِ ووَسيلةً إليه فلا يَنْقَطِعُ به حُكمُ الإرسالِ كالوُثوب والعدْوِ ، وكذلك البازي إذا أُرْسِلَ فسَقَطَ على شيءٍ ثُمّ طارَ فأخذ الصّيْدَ فإنّه يُؤْكَلُ ؛ لأنّه إنّما يَسْقُطُ على شيءٍ ليتمَكّنَ من الصّيْدِ فكان سُقوطُه بمنزلةِ كُمونِ الفهْدِ .

وَكذلك الرّامي إذا رَمَى صَيْدًا بسَهْمٍ فما أصابَه في سَنَنِه ذلك ووَجْهِه أُكِلَ ؛ لأنّه إذا مضى في سَنَنِه فلم يَنْقَطِعْ حُكمُ الرّمْيِ فكان ذَهابُه بقوّةِ الرّامي فكان قَتْلُه مُضافًا إليه فيَحِلُّ ، فإنْ أصابَ واحدًا ثُمّ نَفَذَ إلى آخرَ وآخرَ أُكِلَ الكُلُّ لما قُلْنا مع ما أنّ تعيينَ الصّيْدِ ليس بشرطٍ فإنْ أمالَتِ الرّيحُ السّهْمَ إلى ناحيةٍ أُخرى يمينًا أو شِمالاً فأصابَ صَيْدًا آخرَ لم يُؤْكَل ؛ لأنّ السّهْمَ إذا تَحوّلَ عن سَنَنِه فقد انقطَعَ حُكمُ الرّمْيِ فصارتِ الإصابةُ بغيرِ فعلِ الرّامي فلا يَحِلُّ كما لو كان على جَبَلٍ سَيْفٌ فألقَتْه الرّيحُ على صَيْدٍ فقتَلَه أنّه لا يُؤْكَلُ كذا هذا .

فإنْ لم تَرُدَّه الرّيحُ عن وجهِه ذلك ، أُكِلَ الصّيْدُ ؛ لأنّه إذا مضى في وجهِه كان مُضيُّه بقوّةِ الرّامي وإنّما الرّيحُ أعانَتْه ومَعونةُ الرّيحِ السّهْمَ مِمّا لا يُمْكِنُ الاحتِرازُ عنه فكان مُلْحقًا بالعدَمِ فإنْ أصابَتِ الرّيحُ السّهْمَ وهي ريحٌ شَديدةٌ فدَفَعَتْه لكنّه لم يتغَيّرْ عن وجهِه فأصابَ السّهْمُ الصّيْدَ فإنّه يُؤْكَلُ ؛ لأنّه مضى في وجهِه ومَعونةُ الرّيحِ إذا لم تعدِلِ السّهْمَ عن وجهِه لا يُمْكِنُ التّحرُّزُ عنه فلا يُعْتَبَر .

[ولو] (١) أصابَ السّهْمُ حائطًا أو صَخْرةً فرَجَعَ فأصابَ صَيْدًا فإنّه لا يُؤْكَلُ ؛ لأنّ فعلَ الرّامي انقَطَعَ وصارتِ الإصابةُ في غيرِ جِهةِ الرّمْيِ فإنْ مَرّ السّهْمُ بين الشّجَرِ فجعل يُصيبُ الشّجَرَ في ذلك الوجه لكنّ السّهْمَ على سَنَنِه فأصابَ صَيْدًا فقتَلَه فإنّه يُؤْكَلُ فإنْ رَدّه شيءٌ

---

(١) زيادة من المخطوط .

من الشّجَرِ يمْنةً أو يَسْرةً لا يُؤكَلُ لما بيّنّا، فإنْ مَرّ السّهْمُ فجَحَشَه حائطٌ وهو على سَنَنِه ذلك فأصابَ صَيْدًا فقتَلَه أُكِلَ؛ لأنّ فعلَ الرّامي لم يَنقَطِعْ وإنّما أصابَ السّهْمُ الصّيْدَ والحائطَ وذلك لا يمْنَعُ الحِلّ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّ حُكمَ الإرسالِ [1] لا يَنقَطِعُ بالتّغيُّرِ عن سَنَنِه يمينًا وشِمالاً إلاّ إذا رَجَعَ من ورائه.

وَلو أنّ رجلاً رَمَى بسَهْمٍ وسَمّى ثُمّ رَمَى رجلٌ آخرُ بسَهْمٍ وسَمّى فأصابَ السّهْمُ الأوّلُ السّهْمَ الثّانيَ قبل أنْ يُصيبَ الصّيْدَ فرَدّه عن وجهِه ذلك فأصابَ صَيْدًا فقتَلَه فإنّه لا يُؤكَلُ؛ لأنّه لَمّا رَدّه السّهْمُ الثّاني عن سَنَنِه انقَطَعَ حُكمُ الرّمْيِ فلا يتعلّقُ به الحِلُّ.

قال القُدوريُّ: وهذا محمولٌ على أنّ الرّاميَ الثّانيَ لم يقصِدِ الاصْطيادَ؛ لأنّ القتلَ حَصَلَ بفعلِه وهو لم يقصِدِ الاصْطيادَ فلا يَحِلُّ فأمّا إذا كان الثّاني رَمَى للاصْطيادِ فيَحِلُّ أكلُ الصّيْدِ وهو للثّاني؛ لأنّه مات بفعلِه وإنْ لم يقصِدْه بالرّمْيِ، وتعيينُ المرميِّ إليه ليس بشرطٍ.

وَلو أنّ رجلَيْنِ رَمَى كُلُّ واحدٍ منهما صَيْدًا بسَهْمٍ فأصابا الصّيْدَ جميعًا ووَقَعَتِ الرّمْيَتانِ بالصّيْدِ مَعًا فمات فإنّه لهما ويُؤكَلُ، أمّا حِلُّ الأكلِ فظاهرٌ، وأمّا كونُ الصّيْدِ لهما فلأنّهما اشتركا في سببِ الاستِحْقاقِ، وتَساوَيا فيه فيتساوَيانِ في الاستِحْقاقِ.

فإنْ أصابَه سَهْمُ الأوّلِ فوَقَذَه ثُمّ أصابَه سَهْمُ الآخرِ فقتَلَه، قال أبو يوسُفَ رحمه الله: يُؤكَلُ [١/ ٢٨٧ أ] والصّيْدُ للأوّلِ، وقال زُفَرُ رحمه الله: لا يُؤكَلُ وهذا فرعُ اختلافِهم في أنّ المُعْتَبَرَ في الرّمْيِ حالُ الرّمْيِ أو حالُ الإصابةِ فعندَ أصحابنا الثّلاثةِ المُعْتَبَرُ حالُ الرّمْيِ، وعندَ زُفَرَ حالُ الإصابةِ.

ووَجْه البناءِ على هذا الأصلِ: أنّ المُعْتَبَرَ لَمّا كان حالَ الرّمْيِ عندَنا فقد وُجِدَ الرّمْيُ منهما والصّيْدُ مُمْتَنِعٌ فلا يتعلّقُ بالسّهْمِ الثّاني حَظْرٌ إلاّ أنّ الملكَ للأوّلِ؛ لأنّ سَهْمَه أخرَجَه من حَيِّزِ الامتِناعِ فصار السّهْمُ الثّاني كأنّه وقَعَ بصَيْدٍ مَمْلوكٍ فلا يُسْتَحقُّ به شيءٌ فكان الاعتِبارُ بحالِ الرّمْيِ في حقِّ الحِلِّ والإصابةِ في حقِّ الملكِ؛ لأنّ الحِلّ يتعلّقُ بالفعلِ والملكَ يتعلّقُ بالمحَلِّ ولمّا كان الاعتِبارُ بحالِ الإصابةِ عندَه فقد أصابَه الثّاني والصّيْدُ غيرُ مُمْتَنِعٍ

(١) في المخطوط: «الرمي».

فصار كمَنْ رَمَى إلى شاةٍ فقتَلَها.

وَجهُ قولِ زُفَرَ رحمه الله: الاعتِبارُ حالُ [(١)] الإصابةِ أنّ الملكَ يَقِفُ ثُبوتُه على الإصا؛ فإنّه لو لم يُصِبْ لا يملِكُ فدَلّ أنّ المُعْتَبَرَ هو وقتُ الإصابةِ.

ولنا: أنّ حالَ الرّمْيِ هو الذي يفعلُه والتّسْميةُ مُعْتَبَرةٌ عندَ، فعلِه فكان الاعتِبارُ بحالِ الرّمْيِ، وكذلك إنْ رَمَى أحدُهما بعدَ الآخرِ قبل إصابةِ الأوّلِ، فهو كرَمْيِهما مَعًا في القوليْنِ؛ لأنّ رَمْيَ الثّاني وُجِدَ والصّيْدُ مُمْتَنِعٌ فصار كما لو رَمَيا مَعًا، فإنْ أصابَه سَهْمُ الأوّلِ ولم يُخْرِجْه من الامتِناعِ، فأصابَه الثّاني فقتَلَه فهو للثّاني؛ لأنّ الأوّلَ إذا لم يُخْرِجْه عن حَدِّ الامتِناعِ ففعلُ الاصْطِيادِ وُجِدَ من الثّاني وللأوّلِ تَسَبُّبٌ في الصّيْدِ فصار كمَنْ أثارَ صَيْدًا وأخذه غيرُه أنّ الصّيْدَ يكونُ للآخِذِ لا للمُثيرِ كذا هذا.

وإنْ كان سَهْمُ الأوّلِ وقَذَه [(٢)] وأخرَجَه عن الامتِناعِ، ثُمّ أصابَه سَهْمُ الثّاني، فهذا على وجوهٍ:

إنْ مات من الأوّلِ أكل وعلى الثّاني ضَمانُ ما نَقَصَتْه جِراحَتُه؛ لأنّ السّهْمَ الأوّلَ وقَعَ به وهو صَيْدٌ، فإذا قَتَلَه حَلّ وقد مَلَكَه الأوّلُ بالإصابةِ، فالجِراحةُ الثّانيةُ نَقْصٌ في ملكِ الأوّلِ فيَضْمَنُها الثّاني.

وإنْ مات من الجِراحةِ الثّانيةِ لم يُؤْكل؛ لأنّ الثّانيَ رَمَى إليه وهو غيرُ مُمْتَنِعٍ فصار كالرّمْيِ إلى الشّاةِ، ويَضْمَنُ الثّاني ما نَقَصَتْه جِراحَتُه؛ لأنّه نَقْصٌ دخلَ في ملكِ الغيرِ بفعلِه ثُمّ يَضْمَنُ قيمَتَه مجروحًا بجِراحَتَيْنِ؛ لأنّه أُتلِفَ بفعلِه إلاّ أنّه غَرِمَ نُقْصانَ الجُرْحِ الثّاني فلا يَضْمَنُه ثانيًا والجُرْحُ الأوّلُ نَقْصٌ حَصَلَ بفعلِ المالِكِ للصّيْدِ فلا يَضْمَنُه الثّاني.

وإنْ مات من الجِراحَتَيْنِ لم يُؤْكل؛ لأنّ أحدَ الرّمْيَيْنِ حاظِرٌ والآخَرَ مُبيحٌ فالحُكمُ للحاظِرِ احتياطًا، والصّيْدُ للأوّلِ، لانفِرادِه بسبب ملكِه وهو الجِراحةُ المُخْرِجةُ [له] [(٣)] من الامتِناعِ، وعلى الثّاني للأوّلِ نصفُ قيمَتِه مجروحًا بالجِراحَتَيْنِ ويَضْمَنُ نصفَ ما نَقَصَتْه الجِراحةُ الثّانيةُ؛ لأنّه مات بفعلِها فسَقَطَ نصفُ الضّمانِ وثَبَتَ نصفُه، والجِراحةُ

---

(١) في المخطوط: «بحال».
(٢) **الوقذ**: شدة الضرب، وقذه وقذًا: ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت. انظر: اللسان (٣/ ٥١٩).
(٣) ليست في المخطوط.

الثّانيةُ يَضْمَنُها الثّاني؛ لأنّها حَصلَتْ في ملكِ غيرِه؛ ولأنّه أتْلَفَ على شريكِه نصيبَه حين أخرَجَه من الإباحةِ إلى الحظْرِ فيَلْزَمُه الضّمانُ.

وإنْ لم يعلم بأيِّ الجِراحَتَيْنِ مات فهو كما لو عَلِمَ أنّه مات منهما؛ لأنّ كُلّ واحدةٍ من الجِراحَتَيْنِ سببُ القتلِ في الظّاهرِ واللّه جَلّ وعَزّ أعلَمُ.

وَلو أرسَلَ كلْبًا على صَيْدٍ وسَمّى، فأدرَكَ الكلبُ الصّيْدَ، فضَرَبَه، فوَقَذَه، ثُمّ ضَرَبَه ثانيًا، فقَتَلَه أكل، وكذلك لو أرسَلَ كلْبينِ على صَيْدٍ، فضَرَبَه أحدُهما، فوَقَذَه، ثُمّ ضَرَبَه الكلبُ الآخَرُ، فقتَلَه فإنّه يُؤْكَلُ [1]؛ لأنّ هذا لا يدخلُ في تَعليمِ الكلب إذْ لا يُمْكِنُ أنْ يُعلّمَ بتَرْكِ الجُرْحِ بعدَ الجُرْحِ الأوّلِ فلا يُعْتَبَرُ، فكَأنّه قَتَلَه بجُرْحٍ واحدٍ.

وَلو أرسَلَ رجلانِ كُلُّ واحدٍ منهما كلْبَه على صَيْدٍ فضَرَبَه كلْبُ أحدِهما فوَقَذَه [2] ثُمّ ضَرَبَه كلْبُ الآخَرِ فقتَلَه فإنّه يُؤْكَلُ لما ذَكَرْنا أنّ جُرْحَ الكلب بعدَ الجُرْحِ مِمّا لا يُمْكِنُ التّحفُّظُ عنه فلا يوجِبُ الحظْرَ، فيُؤْكَلُ، ويكونُ الصّيْدُ لصاحِبِ الأوّلِ؛ لأنّ جِراحةَ كلْبه أخرَجَتْه عن حَدِّ الامتِناعِ، فصار ملكًا له، فجِراحةُ كلْبِ الثّاني لا تُزيلُ ملكَه عنه.

ومنها: أنْ يكونَ الإرسالُ والرّمْيُ على الصّيْدِ وإليه حتّى لو أرسَلَ على غيرِ صَيْدٍ أو رَمَى إلى غيرِ صَيْدٍ فأصابَ صَيْدًا لا يَحِلُّ؛ لأنّ الإرسالَ إلى [3] غيرِ الصّيْدِ، والرّمْيِ إلى غيرِه لا يكونُ اصْطيادًا، فلا يكونُ قَتْلُ الصّيْدِ وجَرْحُه مُضافًا إلى المُرْسَلِ والرّامي، فلا تَتَعَلّقُ به الإباحةُ.

وَعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا سَمِعَ حِسًّا فظَنّه صَيْدًا فأرسَلَ عليه كلْبَه أو بازَه أو رَماه بسَهْم فأصابَ صَيْدًا، أو بانَ له أنّ الحِسّ الذي سَمِعَه لم يكنْ حِسّ صَيْدٍ، وإنّما كان شاةً أو بقَرةً أو آدميًّا أنّه لا يُؤْكَلُ الصّيْدُ الذي أصابَه في قولِهم جميعًا؛ لأنّه تبيّنَ أنّه أرسَلَ على ما ليس بصَيْدٍ ورَمَى إلى ما ليس بصَيْدٍ، فلا يتعلّقُ به الحِلُّ لما بيّنّا من الفقه، وصار كأنّه رَمَى إلى آدميٍّ أو شاةٍ أو [١/ ٢٨٧ ب] بقَرةٍ، وهو يعلَمُ به، فأصابَ صَيْدًا أنّه لا يُؤْكَلُ كذا هذا.

وإنْ كان الحِسُّ حِسّ صَيْدٍ فأصابَ صَيْدًا يُؤْكَلُ سَواءٌ كان ذلك الحِسُّ حِسّ صَيْدٍ مأكولٍ أو غيرِ مأكولٍ بعدَ أنْ كان المُصابُ صَيْدًا مأكولاً وهذا قولُ أصحابنا الثّلاثةِ.

---

(١) في المخطوط: «لا يؤكل».
(٢) في المخطوط: «فقتله».
(٣) في المخطوط: «على».

وقال زُفَرَ: إنْ كان ذلك الحِسُّ حِسّ صَيْدٍ لا يُؤْكَلُ لَحمُه كالسِّباعِ ونحوِها لا يُؤْكَلُ، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه إنْ كان حِسّ ضَبُعٍ يُؤْكَلُ الصّيْدُ وإنْ كان حِسّ خِنْزيرٍ لا يُؤْكَلُ الصّيْدُ.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ: أنّ السّبُعَ غيرُ مأكولٍ فالرّمْيُ إليه لا يَثْبُتُ به حِلُّ الصّيْدِ المأكولِ كما لو كان حِسّ آدَميٍّ فرَمَى إليه فأصابَ صَيْدًا.

ولنَا: أنّ الإرسالَ إلى الصّيْدِ اصْطيادٌ مُباحٌ مأكولاً كان الصّيْدُ أو غيرَ مأكولٍ، فتَتَعَلّقُ به إباحةُ الصّيْدِ المأكولِ؛ لأنّ حِلّ الصّيْدِ المأكولِ يتعَلّقُ بالإرسالِ فإذا كان الإرسالُ حَلالاً يَثْبُتُ حِلُّه إلاّ أنّه لا يَثْبُتُ بحِلِ الإرسالِ حِلُّ [حُكمِ] [(١)] المُرْسَلِ إليه؛ لأنّ حُرْمَتَه ثَبَتَت لمعنًى يرجعُ إلى المحَلِّ فلا تَتَبَدّلُ بالفعلِ ولأنّ المُعْتَبَرَ في الإرسالِ هو قَصْدُ الصّيْدِ.

فأمّا التّعْيينُ، فليس بشرطٍ لما بيّنّا فيما تَقَدّمَ وقد قَصَدَ الصّيْدَ، حَلالاً كان أو حَرامًا بخلافِ ما إذا كان الحِسُّ حِسّ آدَميٍّ؛ لأنّ الإرسالَ على الآدَميِّ ليس باصْطيادٍ فضْلاً عن أنْ يكونَ حَلالاً (إذْ لا) [(٢)] يتعَلّقُ حِلُّ الصّيْدِ بما ليس باصْطيادٍ، وعلى الوجه الثّاني لم يوجدْ منه قَصْدُ الصّيْدِ فلا يتعَلّقُ به الحِلُّ.

وَجْهُ رِوايةِ أبي يوسُفَ رحمه الله - في فصلِه بين سائرِ السِّباعِ وبين الخِنْزيرِ -: أنّ الخِنْزيرَ مُحَرّمُ العيْنِ حتّى لا يجوزُ الانتِفاعُ به بوَجْهٍ، فسَقَطَ اعتِبارُ الإرسالِ عليه والتَحقَ بالعدَمِ، فأمّا سائرُ السِّباعِ فجائزُ الانتِفاعِ بها في غيرِ جِهةِ الأكلِ، فكان الإرسالُ إليها مُعْتَبَرًا.

وإنْ سَمِعَ حِسًّا ولكنّه لا يعلَمُ أنّه حِسُّ صَيْدٍ أو غيرِه فأرسَلَ فأصابَ صَيْدًا لم يُؤْكل؛ لأنّه إذا لم يعلم استَوَى الحظْرُ والإباحةُ فكان الحُكمُ للحَظْرِ احتياطًا.

وَذَكَرَ في الأصلِ فيمَنْ رَمَى خِنْزيرًا أهليًّا فأصابَ صَيْدًا قال: لا يُؤْكَلُ؛ لأنّ الخِنْزيرَ الأهليّ ليس بصَيْدٍ لعَدَمِ التّوَحُّشِ والامتِناعِ فكان الرّمْيُ إليه كالرّمْيِ إلى الشّاةِ فلا يتعَلّقُ به حِلُّ الصّيْدِ، وإنْ أصابَ صَيْدًا مأكولاً، وَقد قالوا فيمَنْ سَمِعَ حِسًّا فظَنّه آدَميًّا فرَماه فأصابَ الحِسّ نفسَه فإذا هو صَيْدٌ أكل؛ لأنّه رَمَى إلى المحسوسِ المُعَيّنِ وهو الصّيْدُ، فصَحّ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «فلا».

ونَظيرُه ما إذا قال لامرأتِه وأشارَ إليها: هذه الكلبةُ طالقٌ، أنّها تطلُقُ، وبَطَلَ الاسمُ وقالوا: لو رَمَى طائرًا فأصابَ صَيْدًا وذَهَبَ المرميُّ إليه ولم يعلم أوَحْشيٌّ أو مُسْتَأنَسٌ أُكِلَ الصَّيْدُ؛ لأنّ الأصلَ في الطّيْرِ التّوَحُّشُ فيجبُ التّمسُّكُ بالأصلِ حتّى يُعْلَمَ الاستِئْناسُ.

ولو عُلِمَ أنّ المرميّ إليه داجِنٌ تَأوي البُيوتَ لا يُؤكَلُ الصّيْدُ؛ لأنّ الدّاجِنَ يأويه البيتُ وتَثْبُتُ اليدُ عليه فكان الرَّمْيُ إليه كالرّمْيِ إلى الشّاةِ وذلك لا يتعَلّقُ به الحِلُّ كذا هذا.

وقالوا: لو رَمَى بَعيرًا فأصابَ صَيْدًا وذَهَبَ البعيرُ فلم يعلم أنادٌّ أو غيرُ نادٍّ لم يُؤكَلِ الصّيْدُ حتّى يعلَمَ أنّ البعيرَ كان نادًّا؛ لأنّ الأصلَ في الإبلِ الاستِئْناسُ فيُتَمسّكُ بالأصلِ حتّى يَظْهَرَ الأمرُ بخلافِه.

واختلفتِ الرِّوايةُ عن أبي يوسُفَ رحمه الله فيمَنْ رَمَى سَمَكةً أو جَرادةً فأصابَ صَيْدًا فقال في رِوايةٍ: لا يُؤكَلُ؛ لأنّ السّمَكَ والجرادَ لا ذَكاةَ لهما، ورُوِيَ عنه أنّه يُؤكَلُ؛ لأنّ المرميّ إليه من جملةِ الصّيْدِ وإنْ كان لا ذَكاةَ له.

وقالوا: لو أرسَلَ كلْبَه على ظَبْيٍ موثَقٍ فأصابَ صَيْدًا لم يُؤكل؛ لأنّ الموثَقَ ليس بصَيْدٍ لعَدَمِ معنى الصّيْدِ فيه وهو الامتِناعُ فأشبَهَ شاةً.

ولو أرسَلَ بازَه على ظَبْيٍ وهو لا يصيدُ الظّبْيَ فأصابَ صَيْدًا، لم يُؤكل؛ لأنّ هذا إرسالٌ لم يُقْصَدْ به الاصْطيادُ فصار كمَنْ أرسَلَ كلْبًا [1] على قَتْلِ رجلٍ فأصابَ صَيْدًا.

ومنها: أنْ لا يكونَ ذو النّاب الذي يصْطادُ به من الجوارِحِ مُحَرّمَ العيْنِ فإنْ كان مُحَرّمَ العيْنِ وهو الخِنْزيرُ فلا يُؤكَلُ صَيْدُه؛ لأنّ مُحَرّمَ العيْنِ مُحَرّمُ الانتِفاعِ به، والاصْطيادُ به انتِفاعٌ به، فكان حَرامًا فلا يتعَلّقُ به الحِلُّ.

وأمّا ما سِواه من ذي النّاب من أي السباع، فقد قال أصحابنا جميعًا: كُلُّ ذي مِخْلَبٍ وذي نابٍ عُلِّمَ فتَعَلّمَ ولم يكنْ مُحَرّمَ العيْنِ فصيدَ به كان صَيْدُه حَلالاً لعُمومِ قولِه عَزّ شَأنُه: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة:٤].

وقالوا في الأسَدِ والذئْب: إنّه لا يجوزُ الصّيْدُ بهما لا لمعنًى يرجِعُ إلى ذاتِهما بل لعَدَمِ احتمالِ التّعَلُّمِ؛ لأنّ التّعَلُّمَ بتَرْكِ العادةِ وذلك بتَرْكِ الأكلِ، وقيلَ: إنّ من عادَتِهما أنّهما إذا

(١) في المخطوط: «صيدًا».

أخذا صَيْدًا لا يأكلانِه في الحالِ فلا يُمْكِنُ الاستِدْلال بتَرْكِ الأكلِ فيهما على التّعَلُّمِ حتّى لو تُصوِّرَ تَعليمُهما يجوزُ.

وذكر هِشامٌ وقال: سَألتُ محمّدًا عن الذِّئب [١/ ٢٨٨ أ] إذا عُلِّمَ فصادَ، فقال: هذا أرَى أنّه لا يكونُ، فإنْ كان فلا بَأسَ به، وقال: سَألتُه عن صَيْدِ ابنِ عِرْسٍ فأخبَرَني أنّ أبا حنيفةَ رحمه الله قال: إذا عُلِّمَ فتَعَلَّمَ فكُلْ مِمّا صادَ فصار الأصلُ ما ذَكَرْنا أنّ ما لا يكونُ مُحَرّمَ العيْنِ من الجوارِحِ إذا عُلِّمَ فتَعَلّمَ يُؤْكَلُ صَيْدُه والله جَلّ شَأنُه أعلَمُ.

ومنها: أنْ يُعَلّمَ أنّ تَلَفَ الصّيْدِ بإرسالٍ أو رَمْيٍ هو سببُ الحِلِّ من حيثُ الظّاهرُ فإنْ شارَكَهما معنًى أو سببٌ يحتملُ حُصول التّلَفِ به، والتّلَفُ به مِمّا لا يُفيدُ الحِلُّ، لا يُؤْكَلُ إلاّ إذا كان ذلك المعنى مِمّا لا يُمْكِنُ الاحتِرازُ عنه؛ لأنّه إذا احتُمِلَ حُصولُ التّلَفِ بما لا يَثْبُتُ به الحِلُّ فقد احتُمِلَ الحِلُّ والحُرْمةُ فيُرَجّحُ جانِبُ الحُرْمةِ احتياطًا؛ لأنّه إنْ أكل عَسَى أنّه أكل الحرامَ فيأثَمُ، وإنْ لم يأكلْ فلا شيءَ عليه، والتّحَرُّزُ عن الضّرَرِ واجِبٌ عقلاً وشرعًا.

والأصلُ فيه: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال لوابصةَ بنِ معبَدٍ رضي الله عنه: **«الحلالُ بيّنٌ والحرامُ بيّنٌ، وبينهما أُمورٌ مُشتَبهاتٌ فدَعْ ما يَريبُكَ إلى ما لا يَريبُكَ»** [(١)]، وقال عبدُ اللّه بنُ مسعودٍ رضي الله عنه: ما اجتُمِعَ الحلالُ والحرامُ في شيءٍ إلاّ وقد غَلَبَ الحرامُ الحلالَ [(٢)].

وَعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا رَمَى صَيْدًا وهو يَطيرُ فأصابَه فسَقَطَ على جَبَلٍ ثُمّ سَقَطَ منه على الأرضِ فمات أنّه لا يُؤْكَلُ وهو تَفْسيرُ المُتَرَدّي؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنّه مات من الرّمْيِ ويُحْتَمَلُ أنّه مات بسُقوطِه عن الجبَلِ.

وكذلك لو كان على جَبَلٍ فأصابَه فسَقَطَ منه شيءٌ على الجبَلِ ثُمّ سَقَطَ على الأرضِ

---

(١) صحيح: أخرجه الطبراني في الكبير بنحوه (٢٢/ ١٤٧) برقم (٣٩٩)، وذكر شطر الحديث الأخير فحسب، انظر صحيح الجامع الصغير (٣٣٧٧)، وللحديث شاهد من حديث عبد الله بن مسعود. وسند صحيح أخرجه النسائي، كتاب آداب القضاة، باب الحكم باتفاق أهل العلم، برقم (٥٣٩٨)، والدارمي برقم (١٦٥)، والطبراني في الكبير (٩/ ١٨٧) برقم (٨٩٢٠)، انظر إرواء الغليل رقم (١٢).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ١٦٩) برقم (١٣٧٤٧)، وأورده الزيلعي في نصيب الراية (٤/ ٣١٤)، وكذا العجلوني في كشف الخفاء (٢/ ٢٣٦) الحديث فيه ضعف وانقطاع.

فمات، أو كان على سَطْحٍ فأصابَه فهَوَى فأصابَ حائطَ السّطْحِ ثُمّ سَقَطَ على الأرضِ فمات، أو كان على نَخْلةٍ، أو شَجَرةٍ فسَقَطَ منها على جِذْعِ النّخْلةِ، أو نَدّ من الشّجَرةِ ثُمّ سَقَطَ على الأرضِ فمات، أو وقَعَ على رُمْحٍ مركوزٍ في الأرضِ وفيه سِنانٌ فوَقَعَ على السِّنانِ ثُمّ وقَعَ على الأرضِ فمات، أو نَشِبَ فيه السِّنانُ فمات عليه، أو أصابَ سَهْمُه صَيْدًا فوَقَعَ في الماءِ فمات فيه لا يَحِلُّ؛ لأنّه يُحْتَمَلُ أنّه مات بالرّمْيِ ويُحْتَمَلُ أنّه مات بهذه الأسباب [(١)] الموجودةِ بعدَه.

وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**وإنْ وقَعَ في الماءِ فلا تَأكُلْه فلعَلّ الماءَ قد قَتَلَه**» [(٢)] بيّنَ عليه الصلاة والسلام الحُكمَ وعَلّلَ بما ذَكَرْنا من احتمالِ موتِه بسببٍ آخَرَ وهو وُقوعُه في الماءِ، والحُكمُ المُعَلّلُ بعَلةٍ يتعَمّمُ بعُمومِ العِلّةِ.

ولو أصابَه السّهْمُ فوَقَعَ على الأرضِ فمات فالقياسُ أنْ لا يُؤْكَلَ لجَوازِ موتِه بسبب وُقوعِه على الأرضِ.

وفي الاستِحْسانِ: يُؤْكَلُ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ الاحتِرازُ عن وُقوعِ المرميِّ إليه على الأرضِ فلو اعتُبرَ هذا الاحتمالُ لَوَقَعَ النّاسُ في الحرَجِ، وذَكَرَ في المُنْتَقَى في الصّيْدِ إذا وقَعَ على صَخْرةٍ فانشَقّ بَطْنُه أو انقَطَعَ [(٣)] رأسُه أنّه لا يُؤْكَلُ قال الحاكِمُ الجليلُ الشّهيدُ المروَزيّ: وهذا خلافُ جَواب الأصلِ.

قال القُدوريُّ رحمه الله: وعَنَى به أنّه خلافُ عُمومِ جَواب الأصلِ؛ لأنّه ذَكَرَ في الأصلِ لو وقَعَ على آجُرّةٍ موضوعةٍ في الأرضِ أُكِلَ، ولم يَفْصِلْ بين أنْ يكونَ انشَقّ بَطْنُه أو لم يَنْشَقْ، فهذا يقتَضي أنْ يُؤْكَلَ في الحالَيْنِ فيجوزُ أنْ يُجْعَلَ في المسألةِ رِوايَتانِ، ويجوزُ أنْ يُفَرّقَ بين الحالَيْنِ من حيثُ (أنْ لو) [(٤)] انشَقّ بَطْنُه أو انقَطَعَ رأسُه فالظّاهرُ أنّ موتَه بهذا

---

(١) في المخطوط: «الأشياء».

(٢) أخرجه بنحوه مسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب: الصيد بالكلاب المعلمة، برقم (١٩٢٩)، والترمذي، كتاب: الصيد، باب: ما جاء فيمن يرمي الصيد فيجده ميتًا في الماء برقم (١٤٦٩)، والنسائي برقم (٤٢٩٨)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٤٢)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٧٤) برقم (١٥٥) كل من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه وأورده بلفظه الديلمي في سند الفردوس (١/ ٣٣٣)، برقم (١٣٢٣).

(٣) في المخطوط: «تقطّع».

(٤) في المخطوط: «إنه إذا».

السّبَب لا بالرّمْيِ فكان احتمالُ موتِه بالرّمْيِ احتمالَ خلافِ الظّاهرِ فلا يُعْتَبَرُ، وإذا لم يَنْشَقّ ولم يَنْقَطِعْ، فموتُه بكُلٍّ واحدٍ من السّببينِ مُحْتَمَلٌ احتمالاً على السّواءِ إلاّ أنّ التّحَرُّزَ عنه غيرُ مُمَكِّنٍ فسَقَطَ اعتِبارُ موتِه بسببِ العارِضِ.

ويجوزُ أنْ يكونَ المذكورُ في المُنْتَقَى تَفْسيرًا لما ذَكَرَ في الأصلِ فيكونُ معناه أنّه يُؤْكَلُ إذا لم يَنْشَقّ بَطْنُه أو لم يَنْقَطِعْ رأسُه، فيُحمَلُ المُطْلَقُ على المُقَيّدِ ويُجْعَلُ المُقَيّدُ بيانًا للمُطْلَقِ عندَ تَعَذُّرِ العمَلِ بهما.

ولو وقَعَ على حَرْفِ آجُرّةٍ أو حَرْفِ حَجَرٍ ثُمّ وقَعَ على الأرضِ فمات لم يُؤْكل لما قُلْنا، ولو كانتِ الآجُرّةُ مُنْطرِحةً [1] على الأرضِ فوَقَعَ عليها ثُمّ مات أُكِلَ؛ لأنّ الآجُرّةَ المُنْطرِحةَ كالأرضِ فوُقوعُه عليها كوُقوعِه على الأرضِ، ولو وقَعَ على جَبَلٍ فمات عليه أُكِلَ؛ لأنّ استِقْرارَه على الجبَلِ كاستِقْرارِه على الأرضِ.

وَذُكِرَ في المُنْتَقَى عن أبي يوسُفَ رحمه الله: لو رَمَى صَيْدًا على قِمّةِ جَبَلٍ فأثْخَنَه حتّى صار لا يتحَرّكُ ولم يَسْتَطِعْ أنْ يأخُذَه فرَماه فقَتَلَه ووَقَعَ لم يأكلْه [2]؛ لأنّه خرج عن كونِه صَيْدًا بالرّمْيِ الأوّلِ لخُروجِه عن حَدِّ الامتِناعِ، فالرّمْيُ الثّاني لم يُصادِفْ صَيْدًا فلم يكنْ ذَكاةً له فلا يُؤْكَلُ.

وَعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا اجتَمع على الصّيْدِ مُعَلّمٌ وغيرُ مُعَلّم أو مُسَمًّى عليه وغيرُ مُسَمًّى أنّه لا يُؤْكَلُ لاجتماعِ سببيِ الحظْرِ والإباحةِ ولم يُعْلم أيُّهما قَتَلَه.

وَلو أرسَلَ مسلمٌ كلْبَه فاتّبَعَ الكلبَ كلْبٌ آخرُ غيرُ مُعَلّم لكنّه لم يُرْسِلْه أحدٌ ولم يَزْجُرْه بعدَ انبعاثِه أو سَبُعٌ من السِّباعِ أو ذو مِخْلَبٍ من الطّيْرِ مِمّا يجوزُ أنْ يُعَلّمَ فيُصادُ به فرَدّ الصّيْدَ عليه ونَهَشَه [3] أو فعَلَ ما يكونُ مَعونةً للكلب المُرْسَلِ [١/ ٢٨٨ ب] فأخذه الكلبُ المُرْسَلُ وقَتَلَه لا يُؤْكَلُ؛ لأنّ رَدّ الكلب ونَهْشَه [4] مُشارَكةٌ في الصّيْدِ فأشبَهَ مُشارَكةَ المُعَلّمِ غيرَ المُعَلّمِ والمُسَمّى عليه غيرَ المُسَمّى عليه بخلافِ ما إذا رَدّ عليه آدَميٌّ أو بقَرةٌ أو حِمارٌ أو فرَسٌ أو ضَبٌّ؛ لأنّ فعلَ هؤلاء ليس من باب الاصْطيادِ فلا يُزاحِمُ الاصْطيادَ في

---

(١) في المخطوط: «مطروحة».
(٢) في المخطوط: «يؤكل».
(٣) في المخطوط: «وهيَّأه».
(٤) في المخطوط: «وتهيئته».

الإباحةُ فكان مُلْحقًا بالعدَمِ فإنْ تَبِعَ الكلبَ الأوّلَ كلْبٌ غيرُ مُعَلّمٍ ولم يَرُدّ عليه ولم يُهَيّبِ [١] الصّيْدَ، ولكنّه اشتَدّ عليه، وكان الذي أخذ وقَتَلَ الكلبَ المُعَلّمَ لا بَأس بأكلِه؛ لأنّهما ما اشتركا في الاصْطياد لعَدَمِ المُعاوَنةِ فيَحِلُّ أكلُه والله جَلّ شَأنُه أعلَمُ.

ومنها: أنْ يَلْحقَ المُرْسِلُ أو الرّامي الصّيْدَ أو مَنْ يقومُ مقامَه قبل التّواري عن عَيْنِه أو قبل انقِطاعِ الطّلَب منه إذا لم يَدْرِك ذَبْحه فإنْ توارَى عن عَيْنِه وقَعَدَ عن طَلَبه ثُمّ وجَدَه لم يُؤكل، فأمّا إذا لم يتوارَ عنه أو تَوارَى لكنّه لم يقعُدْ عن الطّلَب حتّى وجَدَه يُؤكَلُ استِحْسانًا والقياسُ أنّه لا يُؤكَلُ.

وَجْهُ القياسِ: أنّه يُحْتَمَلُ أنّ الصّيْدَ مات من جِراحةِ كلْبه أو من سَهْمِه ويُحْتَمَلُ أنّه مات بسببٍ آخَرَ فلا يَحِلُّ أكلُه بالشّكّ.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: ما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ مَرّ بالرّوْحاءِ على حِمارٍ وحْشٍ عَقيرٍ فتَبادَرَ أصحابُه إليه، فقال: «دَعوه فسَيأتي صاحِبُه»، فجاءَ رجلٌ من فِهْرٍ فقال: هذه رَميّتي يا رسول اللّه وأنا في طَلَبِها وقد جَعَلْتُها لَكَ فأمر رسولُ اللّه ﷺ سَيّدَنا أبا بَكرٍ رضي الله عنه فقَسَمَه بين الرّفاقِ [٢]؛ ولأنّ الضّرورةَ توجِبُ ذلك؛ لأنّ هذا مِمّا لا يُمْكِنُ الاحتِرازُ عنه في الصّيْدِ، فإنّ العادةَ أنّ السّهْمَ إذا وقَعَ بالصّيْدِ تَحامَلَ فغابَ، وإذا أصابَ الكلبَ الخوْفُ [٣] منه غابَ، فلو اعتَبَرْنا ذلك [لأدّى ذلك] [٤] إلى انسِدادِ باب الصّيْدِ [٥] ووُقوعِ الصّيّادينَ في الحرَجِ فسَقَطَ اعتِبارُ الغيْبةِ التي لا يُمْكِنُ التّحرُّزُ عنها إذا لم يوجدْ من الصّائدِ تَفْريطٌ في الطّلَب لمَكانِ الضّرورةِ والحرَجِ، وعندَ [٦] قُعودِه عن الطّلَب لا ضَرورةَ فيُعْمَلُ بالقياسِ.

وقد رُوِيَ أنّ رجلاً أهدَى إلى النّبيّ عليه الصلاة والسلام صَيْدًا فقال له: «من أينَ لَك هذا؟» فقال: رَمَيْتُه بالأمسِ وكُنْت في طَلَبه حتّى هَجَمَ عَلَيّ الليلُ فقَطَعَني [٧] عنه ثُمّ وجَدْتُه اليومَ ومِزْراقي [٨] فيه فقال عليه الصلاة والسلام: «إنّه غابَ عنكَ ولا أدري لَعَلّ

---

(١) في المخطوط: «يهيّئ».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) في المخطوط: «انحرف».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «الصيود».
(٦) في المخطوط: «وعن».
(٧) في المخطوط: «حتى قطعني».
(٨) المزراق: رمح قصير. انظر: مختار الصحاح (١/ ١٤).

بعضَ الهَوامِّ أعانَكَ عليه لا حاجةَ لي فيه»[١] بيّنَ عليه الصلاة والسلام الحُكمَ وعِلّةَ الحُكمِ، وهو ما ذَكَرْنا من احتمالِ موتِه بسببٍ آخَرَ وهذا المعنى لا يتحقّقُ فيه إذا لم يقعُدْ عن الطّلَب.

ورُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه سُئِلَ عن ذلك فقال: كُلْ ما أصمَيْتَ ودَعْ ما أنْمَيْتَ[٢]، قال أبو يوسُفَ رحمه الله: الإصْماءُ: ما عايَنَه، والإنْماءُ: ما تَوارَى عنه، وقال هِشامٌ عن محمّدٍ رحمه الله الإصْماءُ: ما لم يتوارَ عن بَصَرِكَ، والإنْماءُ: ما تَوارَى عن بَصَرِكَ إلاّ أنّه أُقيمَ الطّلَبُ مقامَ البصَرِ للضّرورةِ ولا ضَرورةَ عندَ عَدَمِ الطّلَب؛ ولأنّه إذا قَعَدَ عن طَلَبه فمن الجائزِ أنّه لو كان طَلَبَه لأدرَكَه حَيًّا، فيَخْرُجُ الحيِّ من أنْ يكونَ ذَكاةً فلا يَحِلُّ بالشّكِّ، بخلافِ ما إذا لم يقعُدْ عن طَلَبه؛ لأنّه لم يُدْرِكه حَيًّا فبقيَ الجُرْحُ ذَكاةً له واللّه تعالى عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وَأمّا ما يُسْتَحَبُّ من الذّكاةِ وما يُكرَه منها:

فمنها: أنّ المُسْتَحَبّ أنْ يكونَ الذّبْحُ بالنّهارِ ويُكرَه بالليلِ (والأصلُ فيه)[٣] ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه نَهَى عن الأضْحَى لَيْلاً وعن الحصادِ لَيْلاً[٤]، وهو كراهةُ تَنْزيهٍ، ومعنى الكراهةِ يحتملُ أنْ يكونَ لوجوهٍ[٥]:

احدُها: أنّ الليلَ وقتُ أمنٍ وسُكونٍ وراحةٍ فإيصالُ الألَمِ في وقتِ الرّاحةِ يكونُ أشَدّ.

(والثاني: أنّه)[٦] لا يأمَنُ من أنْ يُخْطِئَ فيقطَعُ يَدَه، ولهذا كُرِهَ الحصادُ بالليلِ.

(والثالِث:)[٧] أنّ العُروقَ المشْروطةَ في الذّبْحِ لا تَتَبيّنُ في الليلِ فرُبّما لا يَسْتَوْفي قَطْعَها.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤/ ٤٦١) برقم (٨٤٦١)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) ضعيف جدًا: أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ٢٤١)، والطبراني في الكبير (١٢/ ٢٧) برقم (١٢٣٧٠)، وأورده ابن عبد البر في التمهيد (٢٣/ ٣٤٦) انظر ضعيف الجامع الصغير رقم (٤١٩٦).

(٣) في المخطوط: «بدليل».

(٤) لم أقف عليه بهذا السياق.

(٥) في المخطوط: «لوجهين».

(٦) في المخطوط: «ولأنه».

(٧) في المخطوط: «الثاني».

ومنها: أنّه يُسْتَحَبُّ في الذّبْحِ حالةُ الاختيارِ أنْ يكونَ ذلك بآلةٍ حادّةٍ من الحديدِ كالسِّكّينِ والسّيْفِ ونحوِ ذلك، ويُكرَه بغيرِ الحديدِ وبالكليلِ من الحديدِ؛ لأنّ السُّنّةَ في ذَبْحِ الحيَوانِ ما كان أسهَلَ على الحيَوانِ وأقرَبَ إلى راحَتِه.

والأصلُ فيه ما رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**إنّ اللّهَ تعالى عَزّ شَأنُه كتَبَ الإحسانَ على كُلِّ شيءٍ، فإذا قَتَلْتُم فأحْسِنوا القِتْلةَ وإذا ذَبَحْتُم فأحْسِنوا الذِّبْحةَ وليُحِدّ أحدُكُم شَفرَتَه وليُرِحْ ذَبيحَتَه**»[(١)]، وفي بعضِ الرِّواياتِ: [«**ولْيَشُدّ قَوائمَه ولْيُلقِه على شِقِّه الأيسَرِ وليوَجِّهه نحوَ القِبْلةِ**][(٢)] **وليُسَمِّ اللّهَ تعالى عليه**»[(٣)]، والذّبْحُ بما قُلْنا أسهَلُ على الحيَوانِ وأقرَبُ إلى راحَتْه.

ومنها: التّذْفيفُ[(٤)] في قَطْعِ الأوداجِ ويُكرَه الإبْطاءُ فيه لما رَوَيْنا عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**وليُرِحْ ذَبيحَتَه**»[(٥)] والإسراعُ نوعُ راحةٍ له.

ومنها: الذّبْحُ في الشّاةِ والبقَرةِ، والنّحْرُ في الإبلِ، ويُكرَه القَلْبُ من ذلك لما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ واللّه عَزّ شَأنُه أعلَمُ.

ومنها: أنْ يكونَ ذلك من قِبَلِ الحُلْقومِ ويُكرَه من قِبَلِ القفا لما مَرّ.

ومنها: قَطْعُ الأوداجِ كُلِّها ويُكرَه قَطْعُ البعضِ دونَ البعضِ لما فيه من إبْطاءِ فواتِ حَياتِه[(٦)].

ومنها: الاكتِفاءُ بقَطْعِ الأوداجِ، ولا يُبْلَغُ به النُّخاعَ وهو العِرْقُ الأبْيَضُ الذي يكونُ في عَظْمِ الرّقَبةِ، ولا يُبانُ [١/ ٢٨٩ أ] الرّأسُ ولو فعَلَ ذلك يُكرَه لما فيه من زيادةِ إيلامٍ من غيرِ حاجةٍ إليها، وفي الحديثِ: «**ألا لا تَنْخَعوا الذّبيحةَ**»[(٧)] والنّخْعُ القتلُ الشّديدُ حتّى يَبْلُغَ النُّخاعَ. ومنها: أنْ يكونَ الذّابحُ مُسْتقبلَ القِبْلةِ والذّبيحةُ موَجّهةً إلى القِبْلةِ لما رَوَيْنا ولِما رُوِيَ أنّ الصّحابةَ رضي الله عنهم كانوا إذا ذَبَحوا استقبَلوا القِبْلةَ فإنّه رُوِيَ عن الشّعْبيِّ أنّه قال: كانوا يَسْتَحِبّونَ أنْ يَسْتقبلوا بالذّبيحةِ القِبْلةَ، وقولُه:

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) لم أقف عليه.
(٤) التذفيف: الإجهاز. انظر: الفائق (٢/ ١١).
(٥) سبق تخريجه.
(٦) في المخطوط: «الحياة».
(٧) لم أقف عليه.

(كانوا) كِنايةً عن الصّحابةِ رضي الله عنهم ومثلُه لا يَكذِبُ؛ ولأنّ المُشْرِكينَ كانوا يَسْتقبلونَ بذَبائحِهم إلى الأوثانِ فتُسْتَحَبُّ مُخالَفَتُهم في ذلك باستقبالِ القِبْلَةِ التي هي جِهةُ الرّغْبةِ إلى طاعةِ اللّه عَزّ شَأنُه.

ويُكرَه أن يقول عندَ الذبحِ: اللّهمّ تَقَبّلْ من فُلانٍ، وإنّما يقولُ ذلك بعدَ الفراغِ من الذّبحِ أو قبل الاشتِغالِ بالذّبحِ هكذا رَوَى أبو يوسُفَ عن أبي حنيفةَ رحمهما الله عن حَمّادٍ عن إبْراهيمَ، وكذلك قال أبو يوسُفَ: ادعُ بالتَقَبُّلِ قبل الذّبحِ [١] إنْ شئت أو بعدَه.

وقد رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: **«موطِنانِ لا أذكُرُ فيهما عندَ العُطاسِ وعندَ الذّبحِ»** [٢].

ورَوَيْنا عن ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: جَرّدوا التّسْميةَ عندَ الذّبْحِ، ولو قال ذلك لا تَحرُمُ الذّبيحةُ؛ لأنّه ما ذَكَرَ اسمَ غيرِ اللّه عَزّ شَأنُه على سبيلِ الإشْراكِ لكنّه يُكرَه لتَرْكِه التّجْريدَ من حيثُ الصّورة.

فإن قيل: أليس أنّه رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ ضَحّى بكَبْشينِ أملَحينِ أحدِهما عن نفسِه والآخَرِ عن أُمّتِه؟ [٣].

فالجواب: أنّه ليس فيه أنّه ذَكَرَ مع اسمِ اللّه تعالى نفسَه عليه الصلاة والسلام أو أُمّتَه فيُحْتَمَلُ أنّه ضَحّى أحدَهما وذَكَرَ اسمَ اللّه تعالى [عليه] [٤] ونَوَى بقَلْبه أنْ يكونَ عنه وضَحّى الآخَرَ وذَكَرَ اسمَ اللّه تعالى ونَوَى بقَلْبه أنْ يكونَ عن أُمّتِه وهذا لا يوجِبُ الكراهةَ.

ويُكرَه له بعدَ الذّبحِ قبل أنْ تَبْرُدَ أنْ يَنْخَعَها أيضًا، وهو أنْ يَنْحَرَها حتّى يَبْلُغَ النُّخاعَ وأنْ يَسْلُخَها قبل أنْ تَبْرُدَ؛ لأنّ فيه زيادةَ إيلامٍ لا حاجةَ إليها، فإنْ نَخَعَ أو سَلَخَ قبل أنْ تَبْرُدَ فلا بَأسَ بأكلِها لوجودِ الذّبحِ بشرائطِه.

ويُكرَه جَرُّها برِجْلِها إلى المذبَحِ؛ لأنّه إلْحاقُ زيادةِ ألَمٍ بها من غيرِ حاجةٍ إليها في الذّكاةِ.

---

(١) في المخطوط: «الفراغ».
(٢) أورده ابن الجوزي في «التحقيق»، (٢/ ٣٦٠).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) زيادة من المخطوط.

ورُوِيَ عن ابنِ سيرينَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه رأى رجلاً يَسوقُ شاةً له ليَذْبَحها سَوْقًا عَنيفًا فضرَبَه بالدِّرّةِ ثُمّ قال له: سُقْها إلى الموتِ سَوْقًا جميلاً، لا أُمّ لَكَ (١).

ويُكرَه أنْ يُضجِعَها ويُحِدّ الشّفْرةَ بين يَدَيْها؛ لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ رأى رجلاً أضْجَعَ شاةً وهو يُحِدُّ الشّفْرةَ وهي تُلاحِظُه فقال عليه الصلاة والسلام: «**أوَدِدْت أنْ تُميتَها موتاتٍ ألا حَدَدْتَ الشّفرةَ قبل أنْ تُضجِعَها**» (٢). ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه رأى رجلاً وقد أضْجَعَ شاةً ووَضَعَ رِجْلَه على صَفْحةِ وجهِها وهو يُحِدُّ الشّفْرةَ فضرَبَه بالدِّرّةِ فهَرَبَ الرّجُلُ وشرَدَتِ الشّاةُ ولأنّ البهيمةَ تعرِفُ الآلةَ الجارِحةَ كما تعرِفُ المهالِكَ فتَتَحرّزُ عنها فإذا أحدّ الشّفْرةَ وقد أضْجَعَها يَزْدادُ ألَمُها.

وهذا كُلُّه لا تَحْرُمُ به الذّبيحةُ؛ لأنّ النّهيَ عن ذلك ليس لمعنًى في المنهيِّ بل لما يَلْحقُ الحيَوانَ من زيادةِ ألَمٍ لا حاجةَ إليها فكان النّهيُ عنه لمعنًى في غيرِ المنهيِّ، وأنّه لا يوجِبُ الفسادَ كالذّبحِ بسِكّينٍ مَغْصوبٍ والاصْطيادِ بقَوْسٍ مَغْصوبٍ ونحوِ ذلك.

فَصْلٌ [فيما يحرم أكله من أجزاء الحيوان]

وأمّا بيانُ ما يَحْرُمُ أكلُه من أجزاءِ الحيَوانِ المأكولِ، فالذي يَحْرُمُ [أكلُه] (٣) منه سَبْعةٌ: الدّمُ المسفوحُ، والذّكَرُ، والأُنْثَيانِ، والقُبُلُ، والغُدّةُ، والمثانةُ، والمرارةُ لقولِه عزّ شأنُه: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] وهذه الأشياءُ السّبْعةُ مِمّا تَسْتخبِثُه الطِّباعُ السّليمةُ فكانت مُحَرّمةً.

و[ما] (٤) رُوِيَ عن مُجاهِدٍ رضي الله عنه أنّه قال: كرِهَ رسولُ اللّه ﷺ من الشّاةِ الذّكَرَ والأُنْثَيَيْنِ والقُبُلَ والغُدّةَ والمرارةَ والمثانةَ والدّمَ (٥)، فالمُرادُ منه كراهةُ التّحريمِ بدَليلِ أنّه

(١) صحيح: أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/ ٢٨١)، وأورده ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم (١/ ١٥٦) انظر السلسلة الصحيحة رقم (٣٠).

(٢) صحيح: أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٥٧) برقم (٧٥٦٣) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤/ ٤٩٣) برقم (٨٦٠٨) عن عكرمة مرسلا، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (٩٣).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) مراسيل: أخرجه عبد الرزاق في «المصنف»، (٤/ ٥٣٥)، برقم (٨٧٧١).

جَمع بين الأشياءِ السِّتّةِ وبين الدّمِ في الكراهةِ، والدّمُ المسفوحُ مُحَرّمٌ، والمرويُّ عن أبي حنيفةَ رحمه الله أنّه قال: الدّمُ حَرامٌ وأكرَه السِّتّةَ أطْلَقَ اسمَ الحرامِ على الدّمِ المسفوحِ وسَمّى ما سِواه مَكروهًا؛ لأنّ الحرامَ المُطْلَقَ ما ثَبَتَتْ حُرْمَتُه بدَليلٍ مقطوعٍ به، وحُرْمَةُ الدّمِ المسفوحِ قد ثَبَتَتْ بدَليلٍ مقطوعٍ به وهو النّصُّ المُفَسّرُ من الكِتاب العزيزِ قال اللّه تعالى عَزّ شَأنُه: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾[الأنعام: ١٤٥] وانعِقادُ [١] الإجماعِ أيضًا على حُرْمَتِه فأمّا حُرْمَةُ ما سِواه من الأشياءِ السِّتّةِ فما ثَبَتَتْ بدَليلٍ مقطوعٍ به بل بالاجتِهادِ أو بظاهرِ الكِتاب العزيزِ المُحْتَمِلِ للتّأويلِ أو الحديثِ لذلك فصَلَ بينهما في الاسمِ فسَمّى ذلك حَرامًا وذا مَكروهًا واللّه عَزّ اسمُه أعلَمُ.

* * *

(١) في المخطوط: «وانعقد».

كتاب الاصطياد



كتاب الاصطياد

قد بيّنّا في كِتاب الذّبائحِ والصُّيودِ ما يُؤْكَلُ من الحيَواناتِ وما يَحْرُمُ أكلُه منها وما يُكرَه، والآنَ نُبيِّنُ في كِتاب الاصْطيادِ ما يُباحُ اصْطيادُه وما لا يُباحُ ومَنْ يُباحُ له الاصْطيادُ [١/ ٢٨٩ ب] ومَنْ لا يُباحُ له فقَطْ.

امّا الأوّل: فيُباحُ اصْطيادُ ما في البحْرِ والبرِّ مِمّا يَحِلُّ أكلُه وما لا يَحِلُّ [أكلُه] (١)، غيرَ أنّ ما يَحِلُّ أكلُه يكونُ اصْطيادُه للانتِفاعِ بلَحمِه وما لا يَحِلُّ أكلُه يكونُ اصْطيادُه للانتِفاعِ بجِلْدِه وشَعْرِه وعَظْمِه أو لدَفْعِ أذيّتِه، إلاّ صَيْدَ الحرَمِ فإنّه لا يُباحُ اصْطيادُه إلاّ المُؤْذيَ منه؛ لقولِه عزّ شأنُه: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾ [العنكبوت: ٦٧]، وقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام في صَيْدِ الحرَمِ في حَديثٍ فيه طولٌ: «ولا يُنفَّرُ صَيدُه» (٢)، وخَصّ منه المُؤْذياتِ بقولِه عليه الصلاة والسلام: «خمسٌ من الفواسِقِ يُقتَلْنَ في الحِلِّ والحرَمِ» (٣).

وامّا الثّاني: فيُباحُ اصْطيادُ ما في البحْرِ للحَلالِ والمُحْرِمِ ولا يُباحُ اصْطيادُ ما في البرِّ للمُحْرِمِ خاصّةً؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًاۗ﴾ [المائدة: ٩٦] والفصلُ بين صَيْدِ البرِّ والبحْرِ وغيرِ ذلك من المسائلِ بيّنّاه (٤) في كِتاب الحجِّ واللّه عزّ شأنُه الموفِّقُ.

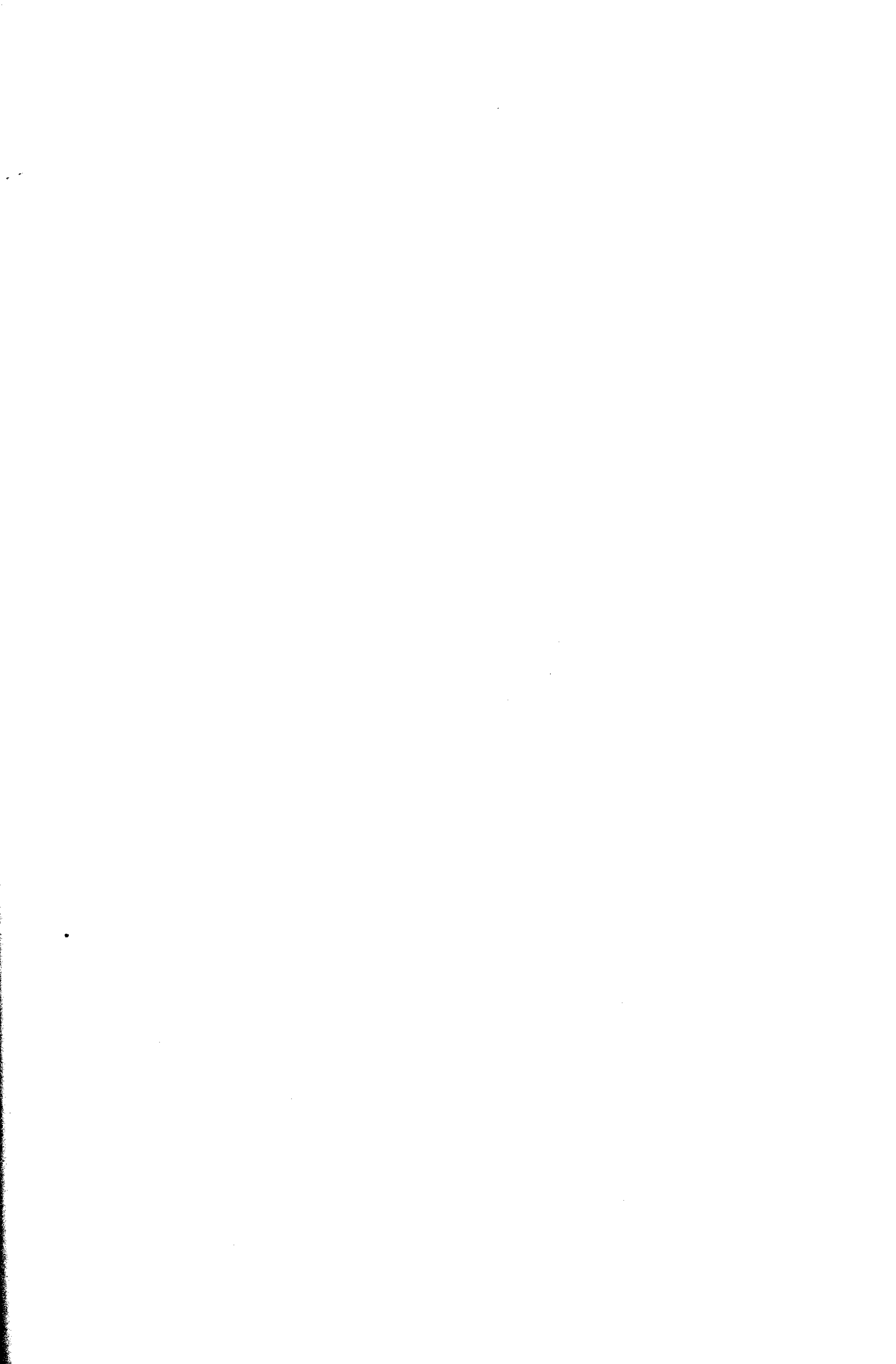
* * *

(١) ليست في المخطوط.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في المخطوط: «تعرف».



كتاب التضحية

كتاب التضحية(١)

يُحْتاجُ لمعرِفةِ مسائلِ هذا الكِتاب إلى بيانِ صِفةِ التّضْحيةِ أنّها واجِبةٌ أو لا.

وإلى بيانِ شرائطِ الوجوب لو كانت واجِبةً.

وإلى بيانِ وقتِ الوجوب.

وإلى بيانِ كيْفيّةِ الوجوب.

وإلى بيانِ مَحَلِّ إقامةِ الواجِب.

وإلى بيانِ شرائطِ جَوازِ إقامةِ الواجِب.

وإلى بيانِ ما يُسْتَحَبُّ أنْ يُفْعَلَ قبل التّضْحيةِ وعندَها وبعدَها وما يُكرَه كراهةَ تَحْريمٍ أو تَنْزيهٍ.

أمّا صِفةُ التّضحيةِ: فالتّضْحيةُ نوعانِ:

واجِبٌ وتَطَوُّعٌ؛ والواجِبُ منها أنواعٌ:

منها: ما يجبُ على الغنيِّ والفقيرِ.

ومنها: ما يجبُ على الفقيرِ دونَ الغنيِّ.

ومنها: ما يجبُ على الغنيِّ دونَ الفقيرِ.

أمّا الذي يجبُ على الغنيِّ والفقيرِ: فالمنذورُ به؛ بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أُضَحّيَ شاةً أو بَدَنةً أو هذه الشّاةَ أو هذه البدَنةَ أو قال: جَعَلْت هذه الشّاةَ ضَحيّةً أو أُضْحيّةً وهو غَنيٌّ أو فقيرٌ؛ لأنّ هذه قُرْبةٌ للّه تعالى عَزّ شأنُه من جِنْسِها إيجابٌ وهو هَدْيُ المُتْعةِ والقِرانِ والإحصارِ وفِداءُ إسماعيلَ عليه الصلاة والسلام، وقيلَ(٢): هذه القُرْبةُ تَلْزَمُ بالنّذْرِ كسائرِ القُرَب التي للّه تعالى عَزّ شَأنُه من جِنْسِها إيجابٌ من الصّلاةِ والصّوْمِ ونحوِهما،

---

(١) في المخطوط: «الأضحية».
(٢) في المخطوط: «مثل».

والوجوبُ بسبب النّذْرِ يَسْتَوي فيه الفقيرُ والغنيُّ وإنْ كان الواجِبُ يتعلّقُ بالمالِ كالنّذْرِ بالحجِّ أنّه يصحُّ من الغنيِّ والفقيرِ جميعًا .

وَأمّا الذي يجبُ على الفقيرِ دونَ الغنيِّ : فالمُشْتَرِي للأُضْحيّةِ إذا كان المُشْتَري فقيرًا بأنِ اشترى فقيرٌ شاةً يَنْوي أنْ يُضَحّيَ بها ، وقال الشّافعيُّ رحمه الله : لا تجبُ وهو قولُ الزّعْفَرانيِّ من أصحابنا وإنْ كان غَنيًّا لا يجبُ عليه بالشِّراءِ شيءٌ بالاتِّفاقِ .

وَجْهُ قولِ الشّافعيِّ رحمه الله : أنّ الإيجابَ من العبدِ يَسْتَدْعي لفظًا يَدُلُّ على الوجوب ، والشِّراءُ بنيّةِ الأُضْحيّةَ لا يَدُلُّ على الوجوب فلا يكونُ إيجابًا ؛ ولهذا لم يكنْ إيجابًا من الغنيِّ .

ولنا: أنّ الشِّراءَ للأُضْحيّةِ مِمّنْ لا أُضْحيّةَ عليه يَجْري مجرَى الإيجاب وهو النّذْرُ بالتّضْحيةِ عُرْفًا ؛ لأنّه إذا اشترى الأُضْحيّةَ [١] مع فقْرِه ، فالظّاهرُ أنّه يُضَحّي فيصيرُ كأنّه قال : جَعَلْت هذه الشّاةَ أُضْحيّةً ، بخلافِ الغنيِّ ؛ لأنّ الأُضْحيّةَ واجِبةٌ عليه بإيجاب الشّرعِ ابتِداءً فلا يكونُ شراؤُه للأُضْحيةِ إيجابًا بل يكونُ قَصْدًا إلى تَفْريغِ ما في ذِمّتِه ، ولو كان في ملكِ إنسانٍ شاةٌ فنَوَى أنْ يُضَحّيَ بها ، أو اشترى شاةً ولم يَنْوِ الأُضْحيّةَ وقتَ الشِّراءِ ثُمّ نَوَى بعدَ ذلك أنْ يُضَحّيَ بها لا يجبُ عليه سَواءٌ كان غَنيًّا أو فقيرًا ؛ لأنّ النّيّةَ لم تُقارِنِ الشِّراءَ فلا تُعْتَبَرُ .

وأمّا الذي يجبُ على الغنيِّ دونَ الفقيرِ : فما يجبُ من غيرِ نَذْرٍ ولا شراءٍ للأُضْحيّةِ بل شُكرًا لنِعْمةِ الحياةِ وإحياءً لميراثِ الخليلِ عليه الصلاة والسلام حين أمره اللّه تعالى عَزّ اسمُه بذَبْحِ الكبْشِ في هذه الأيّام فِداءً عن ولدِه [ومَطيّةً على الصِّراطِ ومَغْفِرةً للذُّنوب وتكفيرًا للخَطايا على ما نَطَقَتْ بذلك الأحاديثُ] [٢] ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ [ومحمّدٍ] [٣] وزُفَرَ والحسَنِ بنِ زيادٍ وإحدَى الرِّوايتيْنِ عن أبي يوسُفَ رحمهم الله .

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّها لا تجبُ [٤] ، وبه أخذ الشّافعيُّ رحمه الله [٥] ،

---

(١) في المطبوع : «للأضحية» .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) ليست في المخطوط .
(٤) انظر في مذهب الحنفية : مختصر القدوري (ص ١٠٠)، مختصر الطحاوي (ص ٣٠٠)، المبسوط (١٢/ ٨)، تكملة فتح القدير (٩/ ٥٠٦)، الاختيار (٥/ ١٦).
(٥) مذهب الشافعية : أن التضحية سنة مؤكدة وشعار ظاهر ينبغي لمن قدر أن يحافظ عليها . انظر : الأم (٢/

وحُجّةُ هذه الرّوايةِ ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «ثلاثٌ كُتِبَتْ عَلَيّ ولم تُكتَبْ عليكُمْ: الوِتْرُ والضُّحَى والأضحَى» [١] ورُوِيَ: «ثلاثٌ كُتِبَتْ عَلَيّ وهي لَكُم سُنّةٌ» وذَكَرَ عليه الصلاة والسلام الأُضْحيّةَ [٢]، والسُّنّةُ غيرُ الواجِب في العُرْفِ.

ورُوِيَ أنّ سَيِّدَنا أبا بَكرٍ وسَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله عنهما كانا لا يُضَحّيانِ السّنةَ والسّنَتَيْنِ.

ورُوِيَ عن أبي مسعودٍ الأنصاريِّ رضي الله عنه أنّه قال: قد يَروحُ عَلَيّ ألفُ شاةٍ ولا أُضَحّي بواحدةٍ مَخافةَ أنْ يعتَقِدَ جاري أنّها واجِبةٌ ولأنّها لو كانت واجِبةً لَكان لا فرقَ فيها بين المُقيمِ والمُسافِرِ لأنّهما لا يَفْتَرِقانِ في الحُقوقِ المُتَعَلِّقةِ بالمالِ كالزّكاةِ وصَدَقةِ الفِطْرِ [ثُمّ لا تجبُ على المُسافِرِ فلا تجبُ على المُقيمِ] [٣].

ولنا قوله عَزّ وجلّ: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنۡحَرۡ﴾ [الكوثر: ٢] قِيلَ في التّفسيرِ: صَلِّ صَلاةَ العيدِ وانحَرِ البُدْنَ بعدَها، وقيلَ: صَلِّ الصُّبْحَ بجَمْعٍ وانحَرْ بمِنًى ومُطْلَقُ الأمرِ للوجوب في حقِّ العمَلِ ومَتَى وجَبَ على النّبيِّ عليه الصلاة والسلام يجبُ على الأُمّةِ لأنّه قُدْوةٌ للأُمّةِ.

فإنْ قِيلَ: قد قِيلَ في بعضِ وجوه التّأويلِ لقولِه عَزّ شَأنُه: ﴿وَٱنۡحَرۡ﴾ [الكوثر: ٢] أي ضَعْ يَدَيْكَ [١/ ٢٩٠ أ] على نحرِكَ في الصّلاةِ، وقيل: استقبلِ القِبْلةَ بنحرِكَ في الصّلاةِ.

فالجواب: أنّ الحمْلَ على الأوّلِ أولى لأنّه حَمْلُ اللّفْظِ على فائدةٍ جَديدةٍ، والحمْلُ على الثّاني حَمْلٌ على التّكرارِ؛ لأنّ وضْعَ اليدِ على النّحْرِ من أفْعالِ الصّلاةِ عندَكُم يتعَلّقُ به كمالُ الصّلاةِ، واستقبالُ القِبْلةِ من شرائطِ الصّلاةِ لا وجودَ للصّلاةِ شرعًا بدونِه فيدخلُ تحت الأمرِ بالصّلاةِ، فكان الأمرُ بالصّلاةِ أمرًا به فحَمْلُ قولِه عَزّ شَأنُه: ﴿وَٱنۡحَرۡ﴾ [الكوثر: ٢] عليه يكونُ تَكرارًا والحمْلُ على ما قُلْناه يكونُ حَمْلًا على فائدةٍ جَديدةٍ فكان أولى.

---

٢٢١)، الوسيط (٧/ ١٣١)، التنبيه للشيرازي (ص ٥٨)، روضة الطالبين (٣/ ١٩٢)، المنهاج (ص ١٤٢).

(١) موضوع: أخرجه أحمد برقم (٢٠٥١) بمعناه، وكذا الدارقطني (٢/ ٢١) برقم (١)، والبيهقي في الكبرى (٢/ ٤٦٨) برقم (٤٢٤٨)، وأورده الديلمي في الفردوس بنحوه (٤/ ٤٢٨) برقم (٧٢٤٥) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انظر ضعيف الجامع الصغير رقم (٢٥٦١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ليست في المخطوط.

ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «ضَحّوا فإنّها سُنّةُ أبيكُم إبراهيمَ، عليه الصلاة والسلام» (١) أمر عليه الصلاة والسلام بالتّضْحيةِ والأمرُ المُطْلَقُ عن القرينةِ يقتَضي الوجوبَ في حقِّ العمَلِ.

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «على أهلِ كُلِّ بيتٍ في كُلِّ عامٍ أضْحاةٌ وعَتيرةٌ» (٢) و(على) كلِمةُ إيجابٍ، ثُمّ نُسِخَتِ العتيرةُ فثَبَتَتِ (٣) الأضْحاةُ.

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «مَنْ لم يُضَحِّ فلا يقرَبَنّ مُصَلّانا» (٤) وهذا خرج مَخْرَجَ الوعيدِ على تَرْكِ الأُضْحيّةَ (٥)، ولا وعيدَ إلاّ بتَرْكِ الواجِب.

وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ ذَبَحَ قبل الصّلاةِ فلْيُعِدْ أُضْحيتَه ومَن لم يَذْبَحْ فلْيَذْبَحْ بسْمِ اللّه» (٦) أمر عليه الصلاة والسلام بذَبْحِ الأُضْحيّةَ وإعادَتِها إذا ذُبحَتْ قبل الصّلاةِ،

(١) ضعيف جدًا: أخرجه ابن ماجه، كتاب الأضاحي، باب: ثواب الأضحية، برقم (٣١٢٧)، وأحمد برقم (١٨٧٩٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٢٢) برقم (٣٤٦٧)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٦١)، والطبراني في الكبير (٥/ ١٩٧) برقم (٥٠٧٥)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ١١٢) برقم (٢٥٩) من حديث زيد بن أرقم رضي الله عنه، انظر ضعيف سنن ابن ماجه.

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، باب: ما جاء في إيجاب الأضاحي برقم (٢٧٨٨)، والترمذي، برقم (١٥١٨)، والنسائي (٤٢٢٤)، وابن ماجه (٣١٢٥)، وأحمد (١٧٤٣٢)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٦٠)، والطبراني في الكبير (٢٠/ ٣١٠) برقم (٧٣٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ١١٩) برقم (٢٤٣٠٣) من حديث مخنف بن سليم رضي الله عنه، والحديث صححه الشيخ الألباني في صحيح جامع الترمذي، وحسنه في صحيح سنن أبي داود، وضعفه في ضعيف الجامع الصغير برقم (٦٣٨٣).

(٣) في المخطوط: «فبقيت».

(٤) لم أقف على متن الحديث بهذا النحو، وهو لا يصح لإطلاق الذم على كل من لم يضح وهذا يعارض ما جاء في الأحاديث الصحيحة بأن رسول الله ﷺ كان يقول: بسم الله والله أكبر هذا عني وعمن لم يضح من أمتي».

أما المقبول فهو قوله ﷺ: «من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا».

والحديث صحيح، أخرجه ابن ماجه، ككتاب: الأضاحي، باب: الأضاحي واجبة هي أم لا، برقم (٣١٢٣)، وأحمد برقم (٨٠٧٤)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٥٨) برقم (٧٥٦٥)، والدارقطني (٤/ ٢٨٥) برقم (٥٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (٦٤٩٠).

(٥) في المخطوط: «التضحية».

(٦) أخرجه البخاري، كتاب: الذبائح والصيد، باب: قول النبي ﷺ: فليذبح على اسم الله، برقم (٥٥٠٠)، ومسلم، كتاب: الأضاحي، باب: وقتها، برقم (١٩٦٠)، والنسائي، كتاب: الضحايا، باب: ذبح الناس بالمصلى برقم (٤٣٦٨)، وابن حبان (١٣/ ٢٣٤) برقم (٥٩١٣)، والطبراني في الكبير (٢/ ١٧٤)، برقم (١٧١٥)، والحميدي في مسنده (٢/ ٣٤١) برقم (٧٥)، والروياني في مسنده (٢/ ١٣٩) برقم (٩٥٦) من حديث جندب البجلي رضي الله عنه.

وكُلُّ ذلك دَليلُ الوجوب ولأنّ إراقةَ الدّمِ قُرْبةٌ والوجوبُ هو العزيمة في القُرُباتِ.

وأمّا الحديثُ فنَقولُ بموجِبه إنّ الأُضْحيّةَ ليستْ بمَكتوبةٍ علينا ولكنّها واجِبةٌ، وفَرْقُ ما بين الواجِب والفرضِ كفَرْقِ ما بين السّماءِ والأرضِ على ما عُرِفَ في أُصولِ الفقه.

وقوله: «هي لَكُم سُنّةٌ» إنْ ثَبَتَ لا يَنْفي الوجوبَ؛ إذِ السُّنّةُ تُنْبئُ عن الطّريقةِ أو السّيرةِ وكُلُّ ذلك لا يَنْفي الوجوبَ.

وأمّا حَديثُ سَيِّدِنا أبي بَكرٍ وسَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما فيُحْتَمَلُ أنّهما كانا لا يُضَحّيانِ السّنةَ والسّنَتَيْنِ لعَدَمِ غِناهما لَمّا كان لا يَفْضُلُ رِزْقُهما الذي كان في بيتِ المالِ عن كِفايَتِهما، والغِنَى شرطُ الوجوب في هذا النّوعِ وقولُ أبي مسعودٍ رضي الله عنه لا يَصْلُحُ مُعارِضًا للكِتاب الكريم والسُّنّةِ مع ما أنّه يُحْتَمَلُ أنّه كان عليه دَيْنٌ فخافَ على جارِه لو ضَحّى أنْ يعتَقِدَ وجوبَ الأُضْحيّةَ مع قيامِ الدّيْنِ ويُحْتَمَلُ أنّه أرادَ بالوجوب الفرضَ إذْ هو الواجِبُ المُطْلَقُ فخافَ على جارِه اعتِقادَ الفرضيّةِ لو ضَحّى فصانَ اعتِقادَه بتَرْكِ الأُضْحيّةَ فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ أو يُحمَلُ على ما قُلْنا تَوْفيقًا بين الدّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ.

والاستِدْلالُ بالمُسافِرِ غيرُ سَديدٍ لأنّ فيه ضَرورةً لا توجَدُ في حقّ المُقيمِ على ما نَذْكُرُ في بيانِ الشّرائطِ إنْ شاء اللّه تعالى عَزّ شَأنُه.

وَلو نَذَرَ أنْ يُضَحّيَ بشاةٍ - وذلك في أيّامِ النّحْرِ - وهو موسِرٌ فعليه أنْ يُضَحّيَ بشاتَيْنِ عندَنا؛ شاةٌ لأجلِ النّذْرِ وشاةٌ بإيجاب الشّرعِ ابتِداءً إلاّ إذا عَنَى به الإخبارَ عن الواجِب عليه بإيجاب الشّرعِ [ابتِداءً] (١) فلا يَلْزَمُه إلاّ التّضْحيةُ بشاةٍ واحدةٍ، ومن المشايِخِ مَنْ قال لا يَلْزَمُه إلاّ التّضْحيةُ بشاةٍ واحدةٍ؛ لأنّ هذه الصّيغةَ حقيقَتُها للإخبارِ فيكونُ إخبارًا عَمّا وجَبَ عليه بإيجاب الشّرعِ فلا يَلْزَمُه التّضْحيةُ بأُخرى.

ولنَا أنّ هذه الصّيغةَ في عُرْفِ الشّرعِ جُعِلَتْ إنْشاءً كصيغةِ الطّلاقِ والعتاقِ (لكنّها تحتَمِلُ) (٢) الإخبارَ فيُصَدّقُ في حُكمِ بينه وبين رَبِّه عَزّ شَأنُه، ولو قال ذلك قبل أيّامِ النّحْرِ يَلْزَمُه التّضْحيةُ بشاتَيْنِ بلا خلافٍ؛ لأنّ الصّيغةَ لا تحتَمِلُ الإخبارَ عن الواجِب إذْ لا

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «لكنه يحتمل».

وجوبَ قبل [(١)] الوقتِ، والإخبارُ عن الواجِب - ولا واجِبَ - يكونُ كذِبًا فتعَيّنَ الإنْشاءُ مُرادًا بها.

وكذلك لو قال ذلك وهو مُعْسِرٌ، ثُمّ أيسَرَ في أيّامِ النّحْرِ فعليه أنْ يُضَحّيَ بشاتَيْنِ؛ لأنّه لم يكنْ وقتَ النّذْرِ أُضْحيّةٌ واجِبةٌ عليه فلا يحتملُ الإخبارَ فيُحمَلُ على الحقيقةِ الشّرعيّةِ وهو [(٢)] الإنْشاءُ فوَجَبَ عليه أُضْحيّةٌ بنَذْرِه وأُخرى بإيجاب الشّرعِ ابتِداءً لوجودِ شرطِ الوجوب وهو الغِنَى.

وأمّا التّطوّعُ: فأُضْحيّةُ المُسافِرِ والفقيرِ الذي لم يوجدْ منه النّذْرُ بالتّضْحيةِ ولا الشّراءُ للأُضْحيّةِ لانعِدامِ سببِ الوجوب وشرطِه.

فصل [في شرائط الوجوب]

وأمّا شرائطُ الوجوب: فأمّا في النّوعَيْنِ الأوّلَيْنِ فشرائطُ أهليّةِ النّذْرِ وقد ذكَرْناها في كِتاب النّذْرِ.

وأمّا في النّوعِ الثّالِث:

فمنها: الإسلامُ، فلا تجبُ على الكافرِ لأنّها قُرْبةٌ والكافرُ ليس من أهلِ القُرَب، ولا يُشْتَرَطُ وجودُ الإسلامِ في جميعِ الوقتِ من أوّلِه إلى آخِره؛ حتّى لو كان كافرًا في أوّلِ الوقتِ ثُمّ أسلَمَ في آخِره تجبُ عليه؛ لأنّ وقتَ الوجوب يَفْضُلُ عن أداءِ الواجِب فيَكفي [(٣)] في وجوبها بقاءُ جزءٍ من الوقتِ كالصّلاةِ.

ومنها: الحُرّيّةُ فلا تجبُ على العبدِ وإنْ كان مأذونًا في التّجارةِ أو مُكاتَبًا؛ لأنّه حقٌّ ماليٌّ مُتعَلّقٌ بملكِ المالِ ولهذا لا تجبُ عليه زَكاةٌ ولا صَدَقةُ الفِطْرِ ولا يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ حُرًّا من أوّلِ الوقتِ إلى آخِره بل يُكتَفَى بالحُرّيّةِ في آخِرِ [جزءٍ من] [(٤)] الوقتِ حتّى لو أُعْتِقَ في آخِرِ الوقتِ ومَلَكَ نِصابًا تجبُ عليه [١/ ٢٩٠ ب] الأُضْحيّةُ لما قُلْنا في شرطِ الإسلامِ.

ومنها: الإقامةُ، فلا تجبُ على المُسافِرِ؛ لأنّها لا تَتَأدّى بكُلِّ مالٍ ولا في كُلِّ زَمانٍ بل

---

(١) في المخطوط: «على».
(٢) في المخطوط: «وهي».
(٣) في المخطوط: «فيكتفي».
(٤) ليست في المخطوط.

بحَيَوانٍ مَخْصوصٍ في وقتٍ مَخْصوصٍ والمُسافِرُ لا يَظْفَرُ به في كُلِّ مَكان في وقتِ الأُضْحيّةَ فلو أوجَبنا عليه لاحتاجَ إلى حَمْلِه مع نفسِه وفيه من الحرَجِ ما لا يَخْفَى أو [١] احتاجَ إلى تَرْكِ السّفَرِ وفيه ضَرَرٌ فدَعَتِ الضّرورةُ إلى امتِناعِ الوجوب بخلافِ الزّكاةِ؛ لأنّ الزّكاةَ لا يتعلّقُ وجوبُها بوقتٍ [مَخْصوصٍ] [٢] بل جميعُ العُمُرِ وقتُها فكان جميعُ الأوقاتِ وقتًا لأدائها، فإنْ لم يكنْ في يَدِه شيءٌ للحالِ يُؤَدّيها إذا وصَلَ إلى المالِ، وكذا تَتَأدّى بكُلِّ مالٍ فإيجابُها عليه لا يوقِعُه في الحرَجِ، وكذلك صَدَقةُ الفِطْرِ لأنّها تجبُ وجوبًا موَسّعًا كالزّكاةِ، وهو الصّحيحُ؛ وعندَ بعضِهم وإنْ كانت تتوقت [٣] بيومِ الفِطْرِ لكنّها تَتَأدّى بكُلِّ مالٍ فلا يكونُ في الوجوب عليه حَرَجٌ.

وذَكرَ في الأصلِ وقال: ولا تجبُ الأُضْحيّةُ على الحاجِّ؛ وأرادَ بالحاجِّ المُسافِرَ فأمّا أهلُ مَكّةَ فتجبُ عليهم الأُضْحيّةُ وإنْ حَجّوا؛ لما [٤] رَوَى نافِعٌ عن ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما أنّه كان يَخْلُفُ لمَنْ [لم] [٥] يَحُجّ من أهلِه أثْمانَ الضّحايا [فيضحوا فليس فيه دليل الوجوب على المسافر؛ لأنه يحتمل أنه فعل ذلك] [٦] ليُضَحّوا عنه تَطَوُّعًا ويُحْتَمَلُ أنّه ليُضَحّوا عن أنْفُسِهم لا عنه فلا يَثْبُتُ الوجوبُ مع الاحتمالِ، ولا تُشْتَرَطُ الإقامةُ في جميعِ الوقتِ حتّى لو كان [مُسافِرًا في أوّلِ الوقتِ ثُمّ أقامَ في آخِرِه تجبُ عليه؛ لما بيّنّا في شرطِ الحُرّيّةِ والإسلامِ.

ولو كان] [٧] مُقيمًا في أوّلِ الوقتِ ثُمّ سافَرَ في آخِرِه لا تجبُ عليه لما ذَكَرْنا هذا إذا سافَرَ قبل أنْ يشتريَ أُضْحيّةً؛ فإنِ اشترى شاةً للأُضْحيّةِ ثُمّ سافَرَ ذَكَرَ في المُنْتَقى أنّ له بيعَها [٨] ولا يُضَحّي بها.

وهكذا رُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه يَبيعُها، من المشايِخِ مَنْ فصَلَ بين الموسِرِ والمُعْسِرِ فقال: إنْ كان موسِرًا فالجوابُ كذلك لأنّه ما أوجَبَ بهذا الشّراءِ والنية شيئًا على نفسِه وإنّما قَصَدَ به إسقاطَ الواجِبِ عن نفسِه، فإذا سافَرَ تَبيّنَ أنّه لا وجوبَ عليه فكان له

---

(١) في المخطوط: «و».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المطبوع: «تَتَوَقّفُ».
(٤) في المخطوط: «وما».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «أن بيعها».

أنْ يَبيعَها كما لو شرَعَ في العِبادةِ على ظَنِّ أنّها عليه ثُمّ تَبيّنَ أنّها ليستْ عليه أنّه لا يَلْزَمُه الإتْمامُ، وإنْ كان مُعْسِرًا يَنْبَغي أنْ تجبَ عليه ولا تَسْقُطَ عنه بالسّفَرِ؛ لأنّ هذا إيجابٌ من الفقيرِ بمنزلةِ النّذْرِ فلا يَسْقُطُ بالسّفَرِ؛ كما لو شرَعَ في التّطَوُّعِ أنّه يَلْزَمُه الإتْمامُ (والقضاءُ بالإفسادِ) [(١)]، كذا ههنا وإنْ سافَرَ بعدَ دُخولِ الوقتِ قالوا: يَنْبَغي أنْ يكونَ الجوابُ كذلك لما ذَكَرْنا.

وَمنها: الغِنَى لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَن وجَدَ سَعةً فلْيُضَحّ» [(٢)] شرَطَ عليه الصلاة والسلام السّعةَ وهي الغِنَى ولأنّا أوجَبناها بمُطْلَقِ المالِ.

ومن الجائزِ أنْ يَسْتَغْرِقَ الواجِبُ جميعَ مالِه فيُؤَدّي إلى الحرَجِ فلا بُدّ من اعتِبارِ الغِنَى وهو أنْ يكونَ في ملكِه مائَتا درهمٍ أو عِشْرونَ دينارًا أو شيءٌ تَبْلُغُ قيمَتُه ذلك سِوَى مسكَنِه وما يتأثّثُ به وكِسْوَتِه وخادِمِه وفرَسِه وسِلاحِه وما لا يَسْتَغْني عنه وهو نِصابُ صَدَقةِ الفِطْرِ وقد ذَكَرْناه وما يَتّصِلُ به من المسائلِ في صَدَقةِ الفِطْرِ.

ولو كان عليه دَيْنٌ بحيثُ لو صَرَفَ إليه بعضَ نِصابه [لا يَنْقُصُ نِصابُه] [(٣)] لا تجبُ لأنّ الدّيْنَ يمْنَعُ وجوبَ الزّكاةِ فلأنْ يمْنَعَ وجوبَ الأُضْحيّةَ أولى؛ لأنّ الزّكاةَ فرضٌ والأُضْحيّةَ واجِبةٌ والفرضُ فوْقَ الواجِب، وكذا لو كان له مالٌ غائبٌ لا يصِلُ إليه في أيّامِ النّحْرِ لأنّه فقيرٌ وقتَ غَيْبةِ المالِ حتّى [(٤)] تَحِلّ له الصّدَقةُ بخلافِ الزّكاةِ فإنّها تجبُ عليه؛ لأنّ جميعَ العُمُرِ وقتُ الزّكاةِ وهذه قُرْبةٌ موقّتةٌ فيُعْتَبَرُ الغِنَى في وقتِها ولا يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ غَنيًّا في جميعِ الوقتِ حتّى لو كان فقيرًا في أوّلِ الوقتِ ثُمّ أيسَرَ في آخِرِه يجبُ عليه لما ذَكَرْنا، ولو كان له مائَتا درهمٍ فحالَ عليها الحوْلُ فزكّاها بخمسةِ دراهمَ ثُمّ حَضَرَتْ أيّامُ النّحْرِ ومالُه [(٥)] مائةٌ وخمسةٌ وتِسْعونَ لا رِوايةَ فيه.

وذَكَرَ الزّعْفَرانيُّ أنّه تجبُ عليه الأُضْحيّةُ لأنّ النّصابَ وإنِ انتقَصَ لكنّه انتقَصَ بالصّرْفِ إلى جِهةٍ هي قُرْبةٌ فيُجْعَلُ قائمًا تقديرًا حتّى لو صَرَفَ خمسةً منها إلى النّفَقةِ لا تجبُ لانعِدامِ الصّرْفِ إلى جِهةِ القُرْبةِ فكان النّصابُ ناقِصًا حقيقةً وتقديرًا فلا يجبُ.

---

(١) في المخطوط: «والإفساد».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زاد في المخطوط: «لا».
(٥) في المخطوط: «له».

ولو اشترى الموسِرُ شاةً للأُضْحيّةِ فضاعَتْ حتّى انتقَصَ نِصابُه وصار فقيرًا فجاءَتْ [١] أيّامُ النّحْرِ فليس عليه أنْ يشتريَ شاةً أُخرى لأنّ النِّصابَ ناقِصٌ وقتَ الوجوب فلم يوجدْ شرطُ الوجوب وهو الغِنَى، فلو أنّه وجَدَها وهو مُعْسِرٌ - وذلك في أيّامِ النّحْرِ - فليس عليه أنْ يُضَحّيَ بها لأنّه مُعْسِرٌ وقتَ الوجوب ولو ضاعَتْ ثُمّ اشترى أُخرى وهو موسِرٌ فضَحّى بها ثُمّ وجَدَ الأولى وهو مُعْسِرٌ لم يكنْ عليه أنْ يتصَدّقَ بشيءٍ لما قُلْنا.

وجميعُ ما ذَكَرْنا من الشُّروطِ يَسْتَوي فيها الرّجُلُ والمرأةُ؛ لأنّ الدّلائلَ لا تَفْصِلُ بينهما.

وأمّا البلوغُ والعقلُ: فلَيْسا من شرائطِ الوجوب في قولِ أبي [١/ ٢٩١ أ] حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ وزُفَرَ هما من (شرائطِ الوجوب) [٢] حتّى تجبُ الأُضْحيّةُ (في مالِ الصّبيِّ والمجنونِ) [٣] إذا كانا موسِرَيْنِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله حتّى لو ضَحّى الأبُ أو الوصي [٤] من مالِهما لا يُضْمَنُ عندَهما.

وعندَ محمّدٍ وزُفَرَ رحمهما الله: يُضْمَنُ، وهو على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا في صَدَقةِ الفِطْرِ والحُجَجُ ذُكِرَتْ هُنالِكَ.

ومن المتاخرِينَ مَنْ قال: لا خلافَ بينهم في الأُضْحيّةِ أنّها لا تجبُ في مالِهما [٥]؛ لأنّ القُرْبةَ في الأُضْحيّةِ هي [٦] إراقةُ الدّمِ وأنّها إتْلافٌ ولا سبيلَ إلى إتْلافِ مالِ الصّغيرِ، والتّصَدُّقُ باللّحم تَطَوُّعٌ ولا يجوزُ ذلك في مالِ الصّغيرِ، والصّغيرُ في العادةِ لا يقدِرُ على أنْ يأكلَ جميعَ اللّحمِ ولا يجوزُ بيعُه ولا [٧] سبيلَ للوجوب رأسًا.

والصّحيحُ أنّه على الاختلافِ، وتجبُ الأُضْحيّةُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله ولا يتصَدّقُ باللّحمِ لما قُلْنا لكنْ يأكلُ منها الصّغيرُ ويَدّخِرُ له قدرَ حاجَتِه ويَبْتاعُ بالباقي ما يَنْتَفِعُ بعَيْنِه كابتياعِ [٨] البالِغِ بجِلْدِ الأُضْحيّةَ ما يَنْتَفِعُ بعَيْنِه.

والذي يُجَنُّ ويُفيقُ يُعْتَبَرُ حالُه في الجُنونِ والإفاقةِ؛ فإنْ كان مجنونًا في أيّامِ النّحْرِ فهو

---

(١) في المخطوط: «ثم جاء».
(٢) في المخطوط: «الشرائط».
(٣) في المخطوط: «من مالهما».
(٤) في المطبوع: «الصّبيُّ».
(٥) في المخطوط: «قولهما».
(٦) في المخطوط: «في».
(٧) في المخطوط: «فلا».
(٨) في المخطوط: «كما يبتاع».

على الاختلافِ، وإنْ كان مُفيقًا يجبُ بلا خلافٍ، وقيلَ: إنّ حُكمَه حُكمُ الصّحيحِ كيفَما كان.

ومَنْ بَلَغَ من الصّغارِ في أيّامِ النّحْرِ وهو موسِرٌ يجبُ عليه بإجماعٍ بين أصحابنا؛ لأنّ الأهليّةَ من الحرّ [(١)] في آخِرِ الوقتِ لا في أوّلِه، كما لا يُشْتَرَطُ إسلامُه وحُرّيّتُه وإقامَتُه في أوّلِ الوقتِ لما بيّنّا.

وَلا يجبُ على الرّجُلِ أنْ يُضَحّيَ عن عبدِه ولا عن ولدِه الكبيرِ، وفي وجوبها عليه من مالِه لوَلَدِه الصّغيرِ رِوايَتانِ، كذا ذَكَرَه القُدوريُّ رحمه الله.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويّ أنّها لا تجبُ في ظاهرِ الرّوايةِ، ولكنّ الأفضَلَ أنْ يفعلَ ذلك، وأطْلَقَ الطّحاويُّ رحمه الله ما يَدُلُّ على الوجوب فإنّه قال: ويجبُ على الرّجُلِ أنْ يُضَحّيَ عن أولادِه الصّغارِ.

وَجْهُ رِوايةِ الوجوبِ: أنّ ولدَ الرّجُلِ جزؤُه فإذا وجَبَ عليه أنْ يُضَحّيَ عن نفسِه فكذا عن ولدِه؛ ولهذا وجَبَ عليه أنْ يُؤَدّيَ [عنه] [(٢)] صَدَقَةَ الفِطْرِ، ولأنّ له على ولدِه الصّغيرِ وِلايةً كامِلةً فيجبُ كصَدَقةِ الفِطْرِ؛ بخلافِ الكبيرِ فإنّه [(٣)] لا وِلايةَ له عليه.

وَجْهُ ظاهرِ الروايةِ: أنّ الأصلَ أنْ لا يجبَ على الإنسانِ شيءٌ على غيرِه خُصوصًا في القُرُباتِ؛ لقولِ اللّه تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩]، وقولِه جَلّ شأنُه: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ﴾ [البقرة:٢٨٦] ولهذا لم تجبْ عليه عن عبدِه وعن ولدِه الكبيرِ، إلاّ أنّ صَدَقةَ الفِطْرِ خُصّتْ عن النُّصوصِ [(٤)] فبقيَتِ الأُضْحيّةَ على عُمومِها ولأنّ سببَ الوجوب هناك رأسٌ يُمَوّنُه ويَلي عليه وقد وُجِدَ في الولدِ الصّغيرِ وليس السّبَبُ الرّأسَ ههنا.

ألا تَرَى أنّه يجبُ بدونِه؛ وكذا لا يجبُ بسببِ العبدِ. وأمّا الوجوبُ عليه من مالِه لوَلَدِ ولدِه إذا كان أبوه مَيّتًا فقد رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رحمه الله أنّ عليه أنْ يُضَحّيَ عنه.

قال القُدوريُّ رحمه الله: ويجبُ أنْ يكونَ هذا على رِوايتيْنِ كما قالوا في صَدَقةِ الفِطْرِ، وقد مَرّ وجه الرّوايتيْنِ في صَدَقةِ الفِطْرِ؛ وَأمّا المِصْرُ فليس بشرطِ الوجوب [(٥)] فتجبُ

(١) في المخطوط: «تراعى».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لأنه».
(٤) في المخطوط: «المنصوص».
(٥) في المخطوط: «للوجوب».

على المُقيمينَ في الأمصارِ والقُرَى والبوادي؛ لأنّ دَلائلَ الوجوب لا توجِبُ الفصلَ، واللّه أعلَمُ.

فَصْلٌ [في وقت الوجوب]

وأما وقت الوجوب: فأيّامُ النّحْرِ فلا تجبُ قبل دُخولِ الوقتِ؛ لأنّ الواجِباتِ المُؤَقّتةَ لا تجبُ قبل أوقاتِها كالصّلاةِ والصّوْمِ ونحوِهما.

وأيامُ النّحرِ ثلاثة أيام: يومُ الأضْحَى، وهو اليومُ العاشرُ من ذي الحِجّةِ، والحاديَ عشرَ، والثّانيَ عشرَ، وذلك بعدَ طُلوعِ الفجْرِ من اليومِ الأوّلِ إلى غروب الشّمسِ من الثّاني عشرَ [١].

وقال الشّافعيُّ رحمه الله تعالى: أيّامُ النّحْرِ أربعةُ أيّامٍ: العاشرُ من ذي الحِجّةِ والحاديَ عشرَ، والثّانيَ عشرَ، والثّالِثَ عشرَ [٢].

والصّحيحُ قولُنا؛ لما رُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ وسَيِّدِنا عَليٍّ وابنِ عَبّاسٍ وابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ [وأنَسِ بنِ مالِكٍ رضي الله تعالى عنهم] [٣] أنّهم قالوا: أيّامُ النّحْرِ ثلاثةٌ أوّلُها أفْضَلُها [٤]، والظّاهرُ أنّهم سَمِعوا ذلك من رسولِ اللّه ﷺ؛ لأنّ أوقاتَ العِباداتِ والقُرُباتِ لا تُعْرَفُ إلاّ بالسّمْعِ، فإذا طَلَعَ الفجْرُ من اليومِ الأوّلِ فقد دخلَ وقتُ الوجوب فتجبُ عندَ استِجْماعِ شرائطِ الوجوب.

ثُمّ [٥] لجَوازِ الأداءِ بعدَ ذلك شرائطُ [أُخَرُ] [٦] نَذْكُرُها في موضِعِها إنْ شاء اللّه تعالى، فإنْ وُجِدَتْ يجوزُ وإلاّ فلا، كما تجبُ الصّلاةُ بدُخولِ وقتِها ثُمّ إنْ وُجِدَتْ شرائطُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٠١)، المبسوط (١٢/ ٩-١٩)، تكملة فتح القدير (٩/ ٥١٣)، الاختيار (٥/ ٢٠)، البناية (١١/ ٢٩، ٣٠).

(٢) وفي بيان مذهب الشافعية: تجزئ الضحية في يوم النحر وأيام التشريق الثلاثة بعد يوم النحر ليلاً أو نهارًا، ولكن يكره التضحية والذبح ليلاً خشية الخطأ في الذبح. انظر: الأم (٢/ ٢٢٦)، الوسيط (٧/ ١٣٩، ١٤٠)، التنبيه (ص ٤٨)، الروضة (٣/ ٢٠٠)، الغاية القصوى (٢/ ٩٨١).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢١٣).

(٥) في المخطوط: «بل».

(٦) ليست في المخطوط.

جَوازِ أدائها جازَتْ وإلاّ فلا واللّه تعالى أعلَمُ.

فَصْلٌ [في كيفية الوجوب]

وأمّا كيفيّةُ الوجوب فأنواعٌ:

منها: أنّها تجبُ في وقتِها وجوبًا موَسّعًا؛ ومعناه: أنّها تجبُ في جملةِ الوقتِ غيرَ عَيْنٍ كوجوب الصّلاةِ في وقتِها ففي أيِّ وقتٍ ضَحّى مَنْ عليه الواجِبُ كان مُؤَدّيًا للواجِب سَواءٌ كان في أوّلِ الوقتِ أو وسَطِه أو آخِرِه كالصّلاةِ.

والأصلُ أنّ ما وجَبَ في جزءٍ من الوقتِ غيرَ عَيْنٍ يتعَيّنُ الجزءُ الذي أدّى فيه الوجوبَ [1] أو آخِرِ الوقتِ كما في الصّلاةِ وهو الصّحيحُ من الأقاويلِ على ما عُرِفَ في أُصولِ [١/ ٢٩١ ب] الفقه.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا لم يكنْ أهلاً للوجوب في أوّلِ الوقتِ ثُمّ صار أهلاً في آخِرِه بأنْ كان كافرًا أو عبدًا أو فقيرًا أو مُسافِرًا في أوّلِ الوقتِ ثُمّ أسلَمَ أو أُعْتِقَ أو أيسَرَ أو أقامَ في آخِرِه أنّه يجبُ [عليه] [2]، ولو كان أهلاً في أوّلِه ثُمّ لم يَبْقَ أهلاً في آخِرِه بأنِ ارْتَدّ أو أعسَرَ أو سافَرَ في آخِرِه لا يجبُ عليه.

ولو ضَحّى في أوّلِ الوقتِ وهو فقيرٌ ثُمّ أيسَرَ في آخِرِ الوقتِ فعليه أنْ يُعيدَ الأُضْحيّةَ عندَنا، وقال بعضُ مَشايِخِنا: ليس عليه الإعادةُ، والصّحيحُ هو الأوّلُ؛ لأنّه لَمّا أيسَرَ في آخِرِ الوقتِ تَعَيّنَ آخِرَ الوقتِ للوجوب عليه، وتَبيّنَ أنّ ما أدّاه وهو فقيرٌ كان تَطَوُّعًا فلا يَنوبُ عن الواجِب.

وما رُوِيَ عن الكَرْخيِّ رحمه الله في الصّلاةِ المُؤَدّاةِ في أوّلِ الوقتِ أنّها نَفْلٌ مانِعٌ من الوجوب في آخِرِ الوقتِ فاسِدٌ عُرِفَ فسادُه في أُصولِ الفقه.

ولو كان موسِرًا في جميعِ الوقتِ فلم يُضَحِّ حتّى مضى الوقتُ ثُمّ صار فقيرًا صار قيمةُ شاةٍ صالِحةٍ للأُضْحيّةِ دَيْنًا في ذِمّتِه يتصَدّقُ بها مَتى وجَدَها؛ لأنّ الوجوبَ قد تأكّدَ عليه بآخِرِ الوقتِ فلا يَسْقُطُ بفَقْرِه بعدَ ذلك؛ كالمُقيمِ إذا مضى عليه وقتُ الصّلاةِ ولم يُصَلِّ حتّى سافَرَ لا يَسْقُطُ عنه شَطْرُ الصّلاةِ؛ وكالمرأةِ إذا مضى عليها وقتُ الصّلاةِ وهي

---

(١) في المخطوط: «للوجوب».

(٢) ليست في المخطوط.

طاهرةٌ، ثُمّ حاضَتْ لا يَسْقُطُ عنها فرضُ الوقتِ حتّى يجبَ عليها القضاءُ إذا طَهُرَتْ من حيضِها. كذا ههنا.

ولو مات الموسِرُ في أيّامِ النّحْرِ قبل أنْ يُضَحّيَ سَقَطَتْ عنه الأُضْحيّةُ، وفي الحقيقةِ لم تجبْ لما ذَكَرْنا أنّ الوجوبَ عندَ الأداءِ أو في آخِرِ الوقتِ، فإذا مات قبل الأداءِ مات قبل أنْ تجبَ عليه؛ كمَنْ مات في وقتِ الصّلاةِ قبل أنْ يُصَلّيَها [أنّه] [1] مات ولا صَلاةَ عليه. كذا ههنا.

وعلى هذا تُخَرَّجُ رِوايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ رحمه الله أنّ الرّجُلَ الموسِرَ إذا وُلِدَ له ولدٌ في آخِرِ أيّامِ النّحْرِ أنّه يجبُ عليه أنْ يَذْبَحَ عنه، وهي إحدى الرِّوايتيْنِ اللّتَيْنِ ذَكَرْناهما أنّه كما يجبُ على الإنسانِ إذا كان موسِرًا أنْ يَذْبَحَ عن نفسِه يجبُ عليه أنْ يَذْبَحَ عن ولدِه الصّغيرِ؛ لأنّه وُلِدَ [2] وقتَ تأكُّدِ الوجوب، بخلافِ صَدَقةِ الفِطْرِ أنّه إذا وُلِدَ له ولدٌ بعدَ طُلوعِ الفجْرِ من يومِ الفِطْرِ أنّه لا تجبُ عليه صَدَقةُ فِطْرِه؛ لأنّ الوجوبَ هناك تَعَلّقَ بأوّلِ اليومِ فلا يجبُ بعدَ مُضيِّ جزءٍ منه. وههنا بخلافِه.

وعلى هذا يُخَرَّجُ ما إذا اشترى شاةً للأُضْحيّةِ وهو موسِرٌ، ثُمّ إنّها ماتتْ أو سُرِقَتْ أو ضَلّتْ في أيّامِ النّحْرِ أنّه يجبُ عليه أنْ يُضَحّيَ بشاةٍ أُخرى؛ لأنّ الوجوبَ في جملةِ الوقتِ والمُشْتَرَى لم يتعَيّنْ للوجوب والوقتُ باقٍ - وهو من أهلِ الوجوب - فيجبُ إلاّ إذا كان عَيّنَها بالنّذْرِ بأنْ قال: للّه تعالى عَلَيّ أنْ أُضَحّيَ بهذه الشّاةِ - وهو موسِرٌ أو مُعْسِرٌ - فهَلَكَتْ أو ضاعَتْ أنّه تَسْقُطُ عنه التّضْحيةُ بسببِ النّذْرِ؛ لأنّ المنذورَ به مُعَيّنٌ لإقامةِ الواجِب فيَسْقُطُ الواجِبُ بهَلاكِه؛ كالزّكاةِ تَسْقُطُ بهَلاكِ النِّصاب عندَنا، غيرَ أنّه إنْ كان النّاذِرُ موسِرًا تَلْزَمُه شاةٌ أُخرى بإيجاب الشّرعِ ابتِداءً لا بالنّذْرِ، وإنْ كان مُعْسِرًا فاشترى شاةً للأُضْحيّةِ فهَلَكَتْ في أيّامِ النّحْرِ أو ضاعَتْ سَقَطَتْ عنه وليس عليه شيءٌ آخَرُ لما ذَكَرْنا أنّ الشِّراءَ من الفقيرِ للأُضْحيّةِ بمنزلةِ النّذْرِ فإذا هَلَكَتْ فقد هَلَكَ مَحَلُّ إقامةِ الواجِب فيَسْقُطُ عنه، وليس عليه شيءٌ آخَرُ بإيجاب الشّرعِ ابتِداءً لفَقْدِ شرطِ الوجوب وهو اليسارُ.

ولو اشترى الموسِرُ شاةً للأُضْحيّةِ فضَلّتْ فاشترى شاةً أُخرى ليُضَحّيَ بها ثُمّ وجَدَ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «قبل».

الأولى في الوقتِ فالأفْضَلُ (أنْ يُضَحّيَ) [١] بهما؛ فإنْ ضَحّى بالأولى أجزَأه ولا تَلْزَمُه التّضْحيةُ بالأُخرى ولا شيءَ عليه غيرُ ذلك؛ سَواءٌ كانت قيمةُ الأولى أكثَرَ من الثّانيةِ أو أقلّ.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها: أنّها ساقَتْ هَدْيًا فضاعَ فاشترتْ مَكانه آخَرَ ثُمّ وجَدَتِ الأوّلَ فنَحَرَتْهما ثُمّ قالت: الأوّلُ كان يُجْزِئُ عَنّي فثَبَتَ الجواز بقولِها والفضيلةُ بفعلِها - رضي الله عنها وعن أبيها-؛ ولأنّ الواجِبَ في ذِمّتِه ليس إلاّ التّضْحيةُ بشاةٍ واحدةٍ وقد ضَحّى.

وإنْ ضَحّى بالثّانيةِ أجزَأه، وسَقَطَتْ عنه الأُضْحيّةُ وليس عليه أنْ يُضَحّيَ بالأولى؛ لأنّ التّضْحيةَ بها لم تجبْ بالشِّراءِ، بل كانتِ الأُضْحيّةُ واجِبةً في ذِمّتِه بمُطْلَقِ الشّاةِ، فإذا ضَحّى بالثّانيةِ فقد أدّى الواجِبَ بها، بخلافِ المُتَنَفِّلِ بالأُضْحيةِ إذا ضَحّى بالثّانيةِ أنّه يَلْزَمُه التّضْحيةُ بالأولى أيضًا؛ لأنّه لَمّا اشتَراها للأُضْحيةِ فقد وجَبَ عليه التّضْحيةُ بالأولى [٢] أيضًا بعَيْنِها فلا يَسْقُطُ بالثّانيةِ بخلافِ الموسِرِ فإنّه لا يجبُ عليه التّضْحيةُ بالشّاةِ المُشْتَراةِ بعَيْنِها وإنّما الواجِبُ في ذِمّتِه - وقد أدّاه بالثّانيةِ - فلا تجبُ عليه (التّضْحيةُ بالأولى) [٣].

وسَواءٌ كانتِ الثّانيةُ مثلَ الأولى في القيمةِ أو فوْقَها أو دونَها لما قُلْنا، غيرَ أنّها إنْ كانت دونَها في القيمةِ [١/ ٢٩٢ أ] يجبُ عليه أنْ يتصَدّقَ بفضْلِ ما بين القيمَتَيْنِ؛ لأنّه بقيَتْ له هذه الزّيادةُ سالِمةً [من الأُضْحيّةَ] [٤] فصار كاللّبَنِ ونحوِه، ولو لم يتصَدّقْ بشيءٍ ولكنّه ضَحّى بالأولى أيضًا - وهو في أيّامِ النّحرِ - أجزَأه وسَقَطَتْ عنه الصّدَقةُ؛ لأنّ الصّدَقةَ إنّما تجب خَلَفًا عن فواتِ شيءٍ من شاةِ الأُضْحيةِ فإذا أدّى الأصلَ في وقتِه سَقَطَ عنه الخلفُ.

وأمّا على قولِ أبي يوسُفَ رحمه الله: فإنّه لا تُجْزيه التّضْحيةُ إلاّ بالأولى؛ لأنّه يَجْعَلُ الأُضْحيّةَ كالوقفِ ولو لم يَذْبَح الثّانيةَ حتّى مَضَتْ أيّامُ النّحْرِ ثُمّ وجَدَ الأولى: ذَكَرَ (الحسَنُ بنُ زيادٍ في الأضاحيّ) [٥] أنّ عليه أنْ يتصَدّقَ بأفضَلِهما ولا يَذْبَحَ وذَكَرَ فيها أنّه

---

(١) في المخطوط: «التضحية».
(٢) في المخطوط: «بها».
(٣) في المخطوط: «تضحية الأولى».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «في أضاحي الحسن بن زياد».

قولُ زُفَرَ وأبي يوسُفَ والحسَنِ بنِ زيادٍ رحمهم الله؛ لأنّه لم يجبْ عليه في آخِرِ الوقتِ إلاّ التّضْحيةُ بشاةٍ، فإذا خرج الوقتُ تَحوّلَ الواجِبُ من الإراقةِ إلى التّصَدُّقِ بالعيْنِ.

ولو اشترى شاةً للأُضْحيّةِ وهو مُعْسِرٌ أو كان موسِرًا فانتَقَصَ نِصابُه بشراءِ الشّاةِ ثُمّ ضَلّتْ فلا شيءَ عليه ولا يجبُ عليه شيءٌ آخَرُ؛ أمّا الموسِرُ فلِفَواتِ شرطِ الوجوب وقتَ الوجوب، وأمّا المُعْسِرُ فلِهَلاكِ مَحَلِّ إقامةِ الواجِب فلا يَلْزَمُه شيءٌ آخَرُ.

ومنها: أنه لا يقومَ غيرُها مقامَها حتّى لو تَصَدّقَ بعَيْنِ الشّاةِ أو قيمَتِها [في الوقتِ] (١) لا يَجْزيه عن الأُضْحيّةِ؛ لأنّ الوجوبَ تَعَلّقَ بالإراقةِ، والأصلُ أنّ الوجوبَ إذا تَعَلّقَ بفعلٍ مُعَيّنٍ أنّه لا يقومُ غيرُه مقامَه كما في الصّلاةِ والصّوْمِ وغيرِهما، بخلافِ الزّكاةِ فإنّ الواجِبَ أداءُ جزءٍ من النّصاب (٢).

ولو أدّى من مالٍ آخَرَ جاز؛ لأنّ الواجِبَ هناك ليس جزءًا من النّصاب عندَ (٣) أصحابنا، بَلِ الواجِبُ مُطْلَقُ المالِ وقد أُدّيَ، وعندَ بعضِهم وإنْ كان الواجِبُ أداءَ جزءٍ من النّصاب لكنْ من حيثُ إنّه مالٌ لا من حيثُ إنّه جزءٌ من النّصاب؛ لأنّ مبنَى وجوب الزّكاةِ على التّيْسيرِ، والتّيْسيرُ في الوجوب من حيثُ إنّه مالٌ لا من حيثُ إنّه العيْنُ والصّورةُ، وههنا الواجِبُ في الوقتِ هو إراقةُ الدّمِ، شرعًا غيرُ معقولِ المعنى فيقتَصِرُ الوجوبُ على موردِ الشّرعِ، وبخلافِ صَدَقةِ الفِطْرِ أنّها تَتَأدّى بالقيمةِ عندَنا؛ لأنّ الواجِبَ هناك معلولٌ (بمعنى الإغْناءِ) (٤)؛ قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «أَغْنُوهُمْ عَنِ الْمَسْأَلَةِ فِي مِثْلِ هَذَا الْيَوْمِ» (٥) والإغْناءُ يَحصُلُ بأداءِ القيمةِ واللّه عَزّ شَأنُه أعلَمُ.

ومنها: أنّه تُجْزِئُ فيها النّيابةُ فيجوزُ للإنسانِ أنْ يُضَحّيَ بنفسِه وبغيرِه بإذنِه؛ لأنّها قُرْبةٌ تَتَعَلّقُ بالمالِ فتُجْزِئُ فيها النّيابةُ كأداءِ الزّكاةِ وصَدَقةِ الفِطْرِ؛ ولأنّ كُلّ أحدٍ لا يقدِرُ على مُباشرةِ الذّبْحِ بنفسِه خُصوصًا النّساءَ، فلو لم تَجْزِ (٦) الاستِنابةُ لأدّى إلى الحرَجِ، وسَواءٌ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) بعدها كلمة غير مقروءة في المخطوط من حرفين أو ثلاثة.
(٣) زاد في المخطوط: «بعض».
(٤) في المخطوط: «بالإغناء».
(٥) ضعيف: أخرجه الدارقطني بنحوه (٢/ ١٥٢) برقم (٦٧)، وأورده الزيلعي في نصيب الراية (٢/ ٤٣٢) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل رقم (٨٤٤).
(٦) في المخطوط: «تجزه».

كان المأذونُ مسلمًا أو كِتابيًا، حتّى لو أمر مسلمٌ كِتابيًا أنْ يَذْبَحَ أُضْحيّتَه يَجْزيه؛ لأنّ الكِتابيّ من أهلِ الذّكاةِ إلاّ أنّه يُكرَه؛ لأنّ التّضْحية قُرْبةٌ والكافرُ ليس من أهلِ القُرْبةِ لنفسِه فتُكرَه إنابَتُه في إقامةِ القُرْبةِ لغيرِه.

وسَواءٌ كان الإذنُ نصًّا أو دَلالةً؛ حتّى لو اشترى شاةً للأُضْحيّةِ فجاءَ يومُ النّحْرِ فأضْجَعَها وشَدّ قَوائمَها فجاءَ إنسانٌ وذَبَحَها من غيرِ أمرِه أجزَأه استِحْسانًا، والقياسُ أنّه لا يجوزُ وأنْ يَضْمَنَ الذّابحُ قيمَتَها، وهو قولُ زُفَرَ رحمه الله [١]، وقال الشّافعيُّ: يَجْزيه عن الأُضْحيّةِ ويَضْمَنُ [الذّابحُ] [٢] [٣].

أمّا الكلامُ مع زُفَرَ فوَجْه القياسِ أنّه ذَبَحَ شاةَ غيرِه بغيرِ أمرِه فلا يَجْزي عن صاحِبها ويَضْمَنُ الذّابحُ؛ كما لو غَصَبَ شاةً وذَبَحَها، وهو وجه قول الشّافعيِّ في وجوب الضّمانِ على الذّابحِ.

وجه الاستِحْسانِ: أنّه لَمّا اشتَراها للذّبْحِ وعَيّنَها لذلك فإذا ذَبَحَها غيرُه فقد حَصَلَ غَرَضُه وأسقَطَ عنه مُؤْنةَ الذّبْحِ، فالظّاهرُ أنّه رَضِيَ بذلك فكان مأذونًا فيه دَلالةً فلا يَضْمَنُ ويُجْزيه عن الأُضْحيّةَ كما لو أَذِنَ له بذلك نصًّا، وبه تَبيّنَ وهاء [٤] قولِ الشّافعيِّ رحمه الله أنّه يُجْزيه عن الأُضْحيّةَ ويَضْمَنُ الذّابحُ؛ لأنّ كونَ الذّبْحِ مأذونًا فيه يمْنَعُ وجوبَ الضّمانِ؛ كما لو نصّ على الإذنِ؛ وكَما لو باعَها بإذنِ صاحِبها ولو لم يَرْضَ به وأرادَ الضّمانَ يقعُ عن المُضَحّي، وليس للوَكيلِ أنْ يُضَحّيَ ما وُكِّلَ بشرائه بغيرِ أمرِ موَكِّلِه؛ ذَكَرَه أبو يوسُفَ رحمه الله في الإملاءِ، فإنْ ضَحّى جاز استِحْسانًا؛ لأنّه أعانَه على ذلك فوَجَدَ الإذنَ منه دَلالةً إلاّ أنْ يَخْتارَ أنْ يَضْمَنَه فلا يَجْزي عنه.

وعلى هذا إذا غَلِطَ رجلانِ فذَبَحَ كُلُّ واحدٍ منهما أُضْحيّةَ صاحِبه عن نفسِه أنّه يُجْزي كُلّ واحدٍ منهما أُضْحيّتَه عنه استِحْسانًا، ويأخُذُها من الذّابحِ، لما بيّنّا أنّ كُلّ واحدٍ منهما يكونُ راضيًا بفعلِ صاحِبه فيكونُ مأذونًا فيه دَلالةً فيقعُ الذّبْحُ عنه، ونيّةُ صاحِبه تَقعُ لَغْوًا

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٠٤).
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) مذهب الشافعية: قال الشافعي (رضي الله عنه): تجزئ في الأضحية ويضمن الذابح النقصان إذا ذبح لغيره بلا إذنه. انظر: المزني (ص ٢٨٥).
(٤) في المطبوع: «وهي».

حتّى لو تَشاحّا [(١)] وأرادَ كُلُّ واحدٍ منهما الضّمانَ تَقَعُ الأُضْحيّةُ له وجازَتْ عنه؛ لأنّه مَلَكَه بالضّمانِ على ما نَذْكُرُه في الشّاةِ المغْصوبةِ إنْ شاء اللّه تعالى.

وذَكَرَ هِشامٌ عن أبي يوسُفَ رحمهما الله [١/ ٢٩٢ ب] في نَوادِرِه في رجلَيْنِ اشتريا أُضحيتيْنِ فذَبَحَ كُلٌّ منهما أُضْحيّةَ صاحِبه غَلَطًا عن نفسِه وأكلها قال: يُجْزي كُلَّ واحدٍ منهما في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله وقولِنا، ويُحَلِّلُ كُلُّ واحدٍ منهما صاحِبَه، فإنْ تَشاحّا ضَمِنَ كُلُّ واحدٍ منهما لصاحِبه قيمةَ شاتِه، فإنْ كان قد انقضَتْ أيّامُ النّحْرِ يتصَدّقْ بتلك القيمةِ، أمّا جَوازُ إحلالِهما فلأنّه يجوزُ لكُلِّ واحدٍ منهما أنْ يُطْعِمَها لصاحِبه ابتِداءً قبل الأكلِ، فيجوزُ أنْ يُحَلِّلَه بعدَ الأكلِ، وله أنْ يُضَمِّنَه؛ لأنّ مَنْ أتْلَفَ لَحمَ الأُضْحيّةِ يَضْمَنُ ويتصَدّقُ بالقيمةِ؛ لأنّ القيمةَ بَدَلٌ عن اللّحمِ فصار كما لو باعَه.

قال: وسَألت أبا يوسُفَ رحمه الله عن البقَرةِ إذا ذَبَحَها سَبْعةٌ في الأُضْحيّةِ أيقتَسِمونَ لَحمَها جُزافًا أو وزْنًا؟ قال: بل وزْنًا.

قال: قُلْت فإنِ اقْتَسَموها مُجازَفةً وحَلّلَ بعضُهم بعضًا؟ قال: أكرَه ذلك.

قال: قُلْت فما تَقولُ في رجلٍ باعَ درهمًا بدرهم فرَجَحَ أحدُهما فحَلّلَ صاحِبُه الرُّجْحانَ؟ قال: هذا جائزٌ؛ لأنّه لا يُقْسَمُ معناه أنّه هِبةُ المُشاعِ فيما لا يحتملُ القِسْمةَ وهو الدّرهمُ الصّحيحُ.

أمّا عَدَمُ جَوازِ القِسْمةِ مُجازَفةً فلأنّ فيها معنى التّمْليكِ، واللّحمُ من (الأموالِ الرِّبَويّةِ) [(٢)] فلا يجوزُ تمليكُه مُجازَفةً كسائرِ الأموالِ الرِّبَويّةِ.

وأمّا عَدَمُ جَوازِ التّحْليلِ فلأنّ الرِّبَويّ لا يحتملُ الحِلّ بالتّحْليلِ ولأنّه في معنى الهِبةِ، وهِبةُ المُشاعِ فيما يحتملُ القِسْمةَ لا تَصحُّ بخلافِ ما إذا رَجَحَ الوزْنُ.

ومنها: أنّها تُقْضَى إذا فاتَتْ عن وقتِها، والكلامُ فيه في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في بيانِ أنّها مَضْمونةٌ بالقضاءِ في الجملةِ.

والثّاني: في بيانِ ما تُقْضَى به.

أمّا الأوّل: فلأنّ وجوبَها في الوقتِ إمّا لحقِّ العُبوديّةِ أو لحقِّ شُكرِ النِّعْمةِ أو لتَكفيرِ

---

(١) تشاحّا: تنازعا، انظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٩٢).
(٢) في المخطوط: «أموال الربا».

الخطايا؛ لأنّ العِباداتِ والقُرُباتِ إنّما تجبُ لهذه المعاني، وهذا لا يوجِبُ الاختصاصَ بوقتٍ دونَ وقتٍ فكان الأصلُ فيها أنْ تكونَ واجِبةً في جميعِ الأوقاتِ وعلى الدّوامِ بالقدرِ المُمْكِنِ، إلاّ أنّ الأداءَ في السّنةِ مَرّةً واحدةً في وقتٍ مَخْصوصٍ أُقيمَ مقامَ الأداءِ في جميعِ السّنةِ تَيْسيرًا على العِبادِ فضْلاً من اللّه - عَزّ وجَلّ - ورَحمةً، كما أُقيمَ صومُ شهرٍ في السّنةِ مقامَ صوم جميعِ السّنةِ، وأُقيمَ خمسُ صَلَواتٍ في (يومٍ وليْلةٍ) [١] مقامَ الصّلاةِ آناءَ الليلِ وأطْرافَ النّهارِ، فإذا لم يُؤَدِّ في الوقتِ بقيَ الوجوبُ في غيرِه لقيامِ المعنى الذي له وجَبَتْ في الوقتِ.

وأمّا الثّاني: فنَقولُ إنّها لا تُقْضَى بالإراقةِ؛ لأنّ الإراقةَ لا تُعْقَلُ قُرْبةً وإنّما جُعِلَتْ قُرْبةً بالشّرعِ في وقتٍ مَخصوصٍ فاقْتَصَرَ كونُها قُرْبةً على الوقتِ المخْصوصِ فلا تُقْضَى بعدَ خُروجِ الوقتِ، ثُمّ قضاؤُها قد يكونُ بالتّصَدُّقِ بعَيْنِ الشّاةِ حَيّةً، وقد يكونُ بالتّصَدُّقِ بقيمةِ الشّاةِ؛ فإنْ كان أوجَبَ التّضْحيةَ على نفسِه بشاةٍ بعَيْنِها فلم يُضَحِّها حتّى مَضَتْ أيّامُ النّحْرِ يتصَدّقْ بعَيْنِها حَيّةً؛ لأنّ الأصلَ في الأموالِ التّقَرُّبُ بالتّصَدُّقِ بها لا بالإتْلافِ وهو الإراقةُ إلاّ أنّه نُقِلَ إلى الإراقةِ مُقَيّدًا في وقتٍ مَخصوصٍ حتّى يَحِلّ تَناوُلُ لَحمِه للمالِكِ والأجنَبيِّ والغنيِّ والفقيرِ؛ لكَوْنِ النّاسِ أضْيافَ اللّه - عَزّ شَأنُه - في هذا الوقتِ، فإذا مضى الوقتُ عادَ الحُكمُ إلى الأصلِ وهو التّصَدُّقُ بعَيْنِ الشّاةِ سَواءٌ كان موسِرًا أو مُعْسِرًا لما قُلْنا.

وكذلك المُعْسِرُ إذا اشترى شاةً ليُضَحّيَ بها فلم يُضَحِّ حتّى مضى الوقتُ؛ لأنّ الشِّراءَ للأُضْحيّةِ من الفقيرِ كالنّذْرِ بالتّضْحيةِ، وأمّا الموسِرُ إذا اشترى شاةً للأُضْحيّةِ فكذلك الجوابُ.

ومن المشايخِ مَنْ قال: هذا الجوابُ في المُعْسِرِ؛ لأنّ الشّاةَ المُشْتَراةَ للأُضْحيّةِ من المُعْسِرِ تَتَعَيّنُ للأُضْحيّةِ؛ فأمّا من الموسِرِ فلا تَتَعَيّنُ بدَليلِ أنّه يجوزُ له التّضْحيةُ بشاةٍ أُخرى في الوقتِ مع بقاءِ الأولى وتَسْقُطُ عنه الأُضْحيّةُ، والصّحيحُ أنّها تَتَعَيّنُ من الموسِرِ أيضًا بلا خلافٍ بين أصحابنا، فإنّ محمّدًا رحمه الله ذَكَرَ عَقيبَ جَوابِ المسألةِ: وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله وقولُنا.

ووَجْهُه: أنّ نيّةَ التّعْيينِ قارَنَتِ الفعلَ وهو الشِّراءُ فأوجَبَتْ تعيينَ المُشْتَري للأُضْحيّةِ، إلاّ

---

(١) في المخطوط: «اليوم والليلة».

أنّ تعيينَه للأُضْحيةِ لا يمْنَعُ جَوازَ التّضْحيةِ بغيرِها كتعيينِ النِّصاب لأداءِ الزّكاةِ منه لا يمْنَعُ جَوازَ الأداءِ بغيرِه وتَسْقُطُ عنه الزّكاةُ، وهذا لأنّ المُتَعَيّنَ [١] ما لا يُزاحِمُه غيرُه، فإذا ضَحّى بغيرِه أو أدّى الزّكاةَ من غيرِ النِّصاب لم يَبْقَ الأوّلُ مُتَعَيّنًا، فكانتِ الشّاةُ [المشتراة] [٢] مُتَعَيّنةً للتّضْحيةِ، ما لم يُضَحِّ بغيرِها كالزّكاةِ، وإنْ كان لم يوجِبْ على نفسِه ولا اشترى وهو موسِرٌ حتّى مَضَتْ أيّامُ النّحْرِ تَصَدّقَ بقيمةِ شاةٍ تجوزُ في الأُضْحيّةَ؛ لأنّه إذا لم يوجِبْ ولم يشترِ لم يتعَيّنْ شيءٌ للأُضْحيةِ، وإنّما الواجِبُ عليه إراقةُ دَمِ شاةٍ، فإذا مضى الوقتُ قبل أنْ يَذْبَحَ - ولا سبيلَ إلى التّقرُّب بالإراقةِ بعدَ خُروجِ الوقتِ لما قُلْنا - انتَقَلَ الواجِبُ من الإراقةِ والعيْنِ أيضًا لعَدَمِ التّعْيينِ إلى [١/ ٢٩٣ أ] القيمةِ وهو قيمةُ شاةٍ يجوزُ ذَبْحُها في [٣] الأُضْحيةِ.

ولو صار فقيرًا بعدَ مُضيِّ أيّامِ النّحْرِ لا يَسْقُطُ عنه التّصَدُّقُ بعَيْنِ الشّاةِ أو بقيمَتِها؛ لأنّه إذا مضى الوقتُ صار ذلك دَيْنًا في ذِمّتِه فلا يَسْقُطُ عنه لفَقْرِه بعدَ ذلك، ولو وجَبَ عليه التّصَدُّقُ بعَيْنِ الشّاةِ فلم يتصَدّقْ بها ولكنْ ذَبَحَها يتصَدّقُ بلَحمِها ويُجْزيه ذلك إنْ لم يُنْقِصْها الذّبْحُ.

وإنْ نَقَصَها يتصَدّقْ باللّحمِ وقيمةِ النُّقْصانِ، ولا يَحِلُّ له أنْ يأكلَ منها، وإنْ أكل منها شيئًا غَرِمَ قيمَتَه ويتصَدّقُ بها لما يُذْكَرُ في موضِعِه إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو أوجَبَ على نفسِه أنْ يتصَدّقَ بها لا يأكلُ منها إذا ذَبَحَها بعدَ وقتِها أو في وقتِها فهو سَواءٌ.

ومَنْ وجَبَتْ عليه الأُضْحيّةُ فلم يُضَحِّ حتّى مَضَتْ أيّامُ النّحْرِ ثُمّ حَضَرَتْه الوفاةُ فعليه أنْ يوصيَ بأنْ يُتَصَدّقَ عنه بقيمةِ شاةٍ من ثُلُثِ مالِه؛ لأنّه لَمّا مضى الوقتُ فقد وجَبَ عليه التّصَدُّقُ بقيمةِ شاةٍ فيَحْتاجُ إلى تخليصِ نفسِه عن عُهْدةِ الواجِب، والوصيّةُ طريقُ التّخْليصِ فيجبُ عليه أنْ يوصيَ كما في الزّكاةِ والحجِّ وغيرِ ذلك.

ولو أوصَى بأنْ يُضَحّى عنه ولم يُسَمِّ شاةً ولا بقرةً ولا غيرَ ذلك ولم يُبيِّنِ الثّمَنَ أيضًا جاز ويقعُ على الشّاةِ، بخلافِ ما إذا وكّلَ رجلاً أنْ يُضَحّيَ عنه ولم يُسَمِّ شيئًا ولا ثَمَنًا أنّه

---

(١) في المخطوط: «التعيين».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «عن».

لا يجوزُ، والفرقُ أنّ الوصيّةَ تحتَمِلُ من الجهالةِ شيئًا لا تحتَمِلُه الوكالةُ فإنّ الوصيّةَ بالمجهولِ وللمجهولِ تَصحُّ ولا تَصحُّ الوكالةُ.

ولو أوصَى بأنْ يشتريَ له شاةً بعِشْرينَ درهمًا فيُضَحّيَ عنه إنْ مات فمات - وثُلُثُه أقَلُّ من ذلك - فإنّه يُضَحّي عنه بما يَبْلُغُ الثُّلُثَ، على قياسِ الحجِّ إذا أوصَى بأنْ يَحُجّ عنه بمائةٍ - وثُلُثُه أقَلُّ من مائةٍ - فإنّه يَحُجُّ بمائةٍ بخلافِ العتقِ إذا أوصَى بأنْ يُعْتَقَ عنه عبدٌ بمائةٍ - وثُلُثُه أقَلُّ - أنّ [1] عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله تَبْطُلُ الوصيّةُ، وعندَهما يُعْتَقُ عنه بما بقيَ؛ لأنّه أوصَى بمالٍ مُقَدّرٍ فيما هو قُرْبةٌ فتَنَفّذُ الوصيّةُ فيما أمكَنَ كما في الحجِّ.

ووَجْه الفرقِ لأبي حنيفةَ رحمه الله: أنّ مَصْرِفَ الوصيّةِ في العتقِ هو العبدُ فكأنّه أوصَى بعبدٍ موصوفٍ بصِفةٍ وهو أنْ يكونَ ثَمَنُه مائةً فإذا اشترى بأقَلّ كان هذا غيرَ ما أوصَى به فلا يجوزُ، بخلافِ الحجِّ والأُضْحيّةِ فإنّ المصْرِفَ ثَمّةَ هو اللّه عَزّ شَأنُه، فسَواءٌ كان قيمةُ الشّاةِ أقَلّ أو مثلَ ما أوصَى به يكون المصْرِفُ واحدًا والمقصودُ بالكُلِّ واحدٌ وهو القُرْبةُ، وذلك حاصِلٌ فيجوزُ.

ومنها: أنّ وجوبَها نَسَخَ كُلّ دَمٍ كان قبلها من العقيقةِ والرّجَبيّةِ والعتيرةِ، كذا حَكَى أبو بَكرٍ الكيسانيُّ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه قال: قد كانت في الجاهليّةِ ذَبائحُ يَذْبَحونَها.

منها: العقيقةُ كانت في الجاهليّةِ ثُمّ فعَلَها المسلمونَ في أوّلِ الإسلامِ فنَسَخَها ذَبحُ الأُضْحيّةِ فمَنْ شاء فعَلَ ومن شاء لم يفعلْ.

ومنها: شاةٌ كانوا يَذْبَحونَها في رَجَبٍ تُدْعَى الرّجَبيّةُ كان أهلُ البيتِ يَذْبَحونَ الشّاةَ فيأكلونَ ويَطْبُخونَ ويَطْعَمونَ فنَسَخَها ذَبحُ الأُضْحيّةِ.

ومنها: العتيرةُ كان الرّجُلُ إذا ولدَتْ له النّاقةُ أو الشّاةُ ذَبحَ أوّلَ ولدٍ [تَلِدُه] [2] فأكل وأطْعَمَ.

قال محمّدٌ رحمه الله: هذا كُلُّه كان يُفْعَلُ في الجاهليّةِ فنَسَخَه ذَبحُ الأُضْحيّةِ.

وقيلَ في تَفْسيرِ [3] العتيرةِ: كان الرّجُلُ من العرَب إذا نَذَرَ نَذْرًا أنّه إذا كان كذا أو بَلَغَ شاةً كذا فعليه أنْ يَذْبَحَ من كُلِّ عشرٍ منها كذا في رَجَبٍ.

---

(١) في المخطوط: «ثم».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «نفس».

والعقيقةُ: الذّبيحةُ التي تُذْبَحُ عن المولودِ يومَ أُسْبوعِه.

وإنّما عَرَفْنا انتِساخَ هذه الدِّماءِ بما رُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالت: نَسَخَ صومُ رَمَضانَ كُلّ صوم كان قبله ونَسَخَتِ الأُضْحيّةُ كُلّ ذَبْحٍ كان قبلها ونَسَخ غُسْلُ الجنابةِ كُلّ غُسْلٍ كان قبله (١).

والظّاهرُ أنّها قالت ذلك سَماعًا من رسولِ اللّه ﷺ؛ لأنّ انتِساخَ الحُكمِ مِمّا لا يُدْرَكُ بالاجتِهادِ.

ومنهم: من رَوَى هذا الحديثَ مرفوعًا إلى رسولِ اللّه ﷺ (٢)، [وروي] (٣): ونَسَخَتِ الزّكاةُ كُلّ صَدَقةٍ كانت قبلها. وكذا قال أهلُ التّأويلِ في قولِه عزّ شأنُه: ﴿ءَأَشْفَقْتُمْ أَن تُقَدِّمُواْ بَيْنَ يَدَىْ نَجْوَىٰكُمْ صَدَقَٰتٍۚ فَإِذْ لَمْ تَفْعَلُواْ وَتَابَ ٱللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [المجادلة :١٣] : إنّ ما أُمِروا به من تقديمِ الصّدَقةِ على النّجْوَى مع رسولِ اللّه ﷺ نُسِخَ بقولِه جَلّ شأنُه: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾.

وذَكَرَ محمّدٌ رحمه الله في العقيقةِ: فمَنْ شاء فعَلَ ومَنْ شاء لم يفعلْ، وهذا يُشيرُ إلى الإباحةِ فيمْنَعُ كونَه سُنّةً (٤).

وذَكَرَ في الجامِعِ الصّغيرِ: ولا يَعُقُّ عن الغُلامِ ولا عن الجاريةِ وأنّه إشارةٌ إلى الكراهةِ؛ لأنّ العقيقةَ كانت فضْلاً ومَتَى نُسِخَ الفضْلُ لا يَبْقَى إلاّ الكراهةُ بخلافِ الصّوْمِ والصّدَقةِ فإنّهما كانا من الفرائضِ لا من الفضائلِ، فإذا نُسِخَتْ منهما الفرضيّةُ يجوزُ التّنَفُّلُ بهما، وقال الشّافعيُّ رحمه الله: العقيقةُ سُنّةٌ، عن الغُلامِ شاتانِ وعن الجاريةِ شاةٌ (٥).

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٨١) برقم (٣٩)، والبيهقي في الشعب (٩/ ٢٦٢)، وأورده الذهبي في الميزان (٦/ ٤٣٠)، والزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٠٨)، وقال الزيلعي: ضعفه الدارقطني والبيهقي، وقال الدارقطني: المسيب بن شريك وعتبة بن اليقظان متروكان.

(٢) أورده ابن عبد البر في «التمهيد»، وعن علي رضي الله عنه مرفوعًا.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٢٩٩).

(٥) مذهب الشافعية: يعق عن الغلام، وعن الجارية لما روي عن النبي ﷺ: «عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة». انظر: المزني (ص ٢٨٥).

واحتَجّ بما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ [١/ ٢٩٣ ب] عَقّ عن الحسَنِ والحُسَيْنِ رضي الله عنهما كبْشًا كبْشًا [(١)].

وإنّا نَقولُ: إنّها كانت ثُمّ نُسِخَتْ بدَمِ الأُضْحيّةَ بحَديثِ سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها، وكذا رُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: نَسَخَتِ الأُضْحيّةُ كُلّ دَمٍ كان قبلها [(٢)]، والعقيقةُ كانت قبلها كالعتيرةِ ورُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ سُئِلَ عن العقيقةِ فقال: «**إنّ اللّهَ تعالى لا يُحِبُ العُقوقَ؛ مَنْ شاء فلْيَعُقّ عن الغُلامِ شاتَينِ وعن الجاريةِ شاةً**» [(٣)] وهذا يَنْفي كونَ العقيقةِ سُنّةً؛ لأنّه عليه الصلاة والسلام عَلّقَ العقّ بالمشيئةِ، وهذا أمارةُ الإباحةِ واللّه عَزّ شَأنُه أعلَمُ.

فَصْلٌ [في محل إقامة الواجب]

وأمّا مَحَلُّ إقامةِ الواجِب فهذا الفصلُ يشتمِلُ على بيانِ جِنْسِ المحَلِّ الذي يُقامُ منه الواجِبُ ونوعِه [وجِنْسِه وسِنِّه] [(٤)] وقدرِه وصِفَتِه.

اما جِنْسُه: فهو أنْ يكونَ من الأجناسِ الثّلاثةِ: الغنَم أو الإبلِ أو البقَرِ، ويدخلُ في كُلِّ جِنْسٍ نوعُه والذّكَرُ والأُنْثَى منه والخصيُّ والفحْلُ لانطِلاقِ اسمِ الجِنْسِ على ذلك، والمعزُ نوعٌ من الغنَمِ، والجاموسُ نوعٌ من البقَرِ بدَليلِ أنّه يُضَمُّ ذلك إلى الغنَمِ والبقَرِ في باب الزّكاةِ.

ولا يجوزُ في الأضاحيّ شيءٌ من الوحْشِ؛ لأنّ وجوبَها عُرِفَ بالشّرعِ والشّرعُ لم يَرِدْ بالإيجاب إلاّ في المُسْتَأنَسِ؛ فإنْ كان مُتَوَلِّدًا من الوحْشيِّ والإنسيِّ فالعِبْرةُ بالأُمِّ، فإنْ

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، باب: في العقيقة، برقم (٢٨٤١)، والنسائي بنحوه، برقم (٤٢١٩)، والطبراني بنحوه في الكبير (٣/ ٢٨) برقم (٢٥٦٧) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر مشكاة المصابيح رقم (٤١٥٥).

(٢) أورده القرطبي في التفسير (٥/ ١٣٠).

(٣) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، با: في العقيقة، برقم (٢٨٤٢)، والنسائي برقم (٤٢١٢)، وأحمد برقم (٦٧٨٣)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٦٥) برقم (٧٥٩٢)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٣٠٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ١١٤) برقم (٢٤٢٤٤) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، انظر صحيح سنن أبي داود.

(٤) ليست في المخطوط.

كانت أهليّةً يجوزُ وإلاّ فلا، حتّى إنّ (البقرةَ الأهليّةَ إذا) [1] نَزا عليها ثَوْرٌ وحْشيٌّ فوَلَدَتْ ولدًا فإنّه يجوزُ أنْ يُضَحّى به.

وإنْ كانتِ البقَرةُ وحْشيّةً والثّورُ أهليًا لم يَجز؛ لأنّ الأصلَ في الولدِ الأُمُّ؛ لأنّه يَنْفصِلُ عن الأُمِّ وهو حَيوانٌ مُتَقوِّمٌ تتَعَلّقُ به الأحْكامُ وليس يَنْفصِلُ من الأب إلاّ ماءٌ مَهينٌ لا حَظْرَ له ولا يتعلّقُ به حُكمٌ ولهذا يَتْبَعُ الولدُ الأمّ في الرّقّ والحُرّيّةِ، إلاّ أنّه يُضافُ إلى الأب في بَني آدَمَ تَشْريفًا للوَلَدِ وصيانةً له عن الضّياعِ وإلاّ فالأصلُ [2] أنْ يكونَ مُضافًا إلى الأمِّ.

وقيلَ: إذا نَزا ظَبْيٌ على شاةٍ أهليّةٍ فإنْ ولدَتْ شاةً تجوزُ التّضْحيةُ بها وإنْ ولدَتْ ظَبْيًا لا تجوزُ، وقيلَ: إنْ ولدَتِ الرّمَكةُ من حِمارٍ وحْشيٍّ حِمارًا لا يُؤْكَلُ، وإنْ ولدَتْ فرَسًا فحُكمُه حُكمُ الفرَسِ، وإنْ ضَحّى بظَبْيةٍ وحْشيّةٍ أُلِّفَتْ أو ببقَرةٍ وحْشيّةٍ أُلِّفَتْ لم يَجز؛ لأنّها وحْشيّةٌ في الأصلِ والجوْهَرِ فلا يَبْطُلُ حُكمُ الأصلِ بعارِضٍ نادِرٍ واللّه عَزّ شأنُه الموَفِّقُ.

وأما سِنُّه: فلا يجوزُ شيءٌ مِمّا ذكَرْنا من الإبلِ والبقَرِ والغنَمِ من [3] الأُضْحيّةِ إلاّ الثّنيّ من كُلِّ جِنْسٍ إلاّ الجذَعَ من الضّأنِ خاصّةً إذا كان عَظيمًا؛ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**ضَحّوا بالثّنايا إلّا أنْ يَعِزّ على أحدِكم فيَذْبَحَ الجذَعَ في [4] الضّأنِ**» [5].

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**يُجزي الجذَعُ من الضّأنِ عَمّا يُجزي فيه الثّنيُّ من المعزِ**» [6]، ورُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ خرج إلى المُصلّى فشَمّ قُتارًا فقال: «**ما هذا؟**»، فقالوا: أُضْحيّةُ أبي بُرْدةَ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**تلك شاةُ لحمٍ**»، فجاءَ أبو بُرْدةَ فقال: يا رسول اللّه عندي عَناقٌ خَيْرٌ من شاتَيْ لَحمٍ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**تُجزي عنك ولا تُجزي عن أحدٍ بعدَكَ**» [7].

---

(١) في المخطوط: «بقرة أهلية».
(٢) في المخطوط: «فالأفضل».
(٣) في المخطوط: «عن».
(٤) في المخطوط: «من».
(٥) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢١٦) بلفظه من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
والحديث بمعناه أخرجه مسلم، كتاب: الأضاحي، باب: سن الأضحية، برقم (١٩٦٣)، وأبو داود، كتاب: الضحايا، باب: ما يجوز من السن في الضحايا، برقم (٢٧٩٧)، والنسائي برقم (٤٣٧٨)، وابن ماجه برقم (٣١٤١)، وأحمد برقم (١٣٩٣٨)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٧٨)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٣٨٢) برقم (٢٦١٢)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٢١٠) برقم (٢٣٢٤)، وأبو عوانة في مسنده (٥/ ٧٤) برقم (٧٨٤٢) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
(٦) انظر ما قبله.
(٧) سبق تخريجه.

ورُوِيَ عن البراءِ بنِ عازِبٍ رضي الله عنهما أنّه قال: خَطَبَ رسولُ اللّه ﷺ يومَ عيدٍ فقال: «إنّ أوّلَ نُسُكِكُم هذه الصّلاةُ ثُمّ الذّبحُ»، فقامَ إليه خالي أبو بُرْدةَ بنُ نيارٍ [فقال: يا رسول اللّه كان يومُنا نَشْتَهي فيه اللّحمَ فعَجّلْنا فذَبَحْنا، فقال رسولُ اللّه ﷺ: «فأبْدِلها»] [١]، فقال: يا رسول اللّه عندي ماعِزٌ جَذَعٌ، فقال: «هي لَكَ وليستْ لأحدٍ بعدَكَ» [٢].

ورُوِيَ: أنّ رجلاً قَدِمَ المدينةَ بغَنَمٍ جِذاعٍ فلم تَنْفُقْ معه فذَكَرَ ذلك لأبي هُرَيْرةَ رضي الله عنه فقال سَمِعَتُ رسول اللّه ﷺ يقولُ: «نِعْمَتِ الأضْحيّةُ الجذَعُ من الضّأنِ» [٣]. ورُوِيَ: «الجذَعُ السّمينُ من الضّأنِ» فلَمّا سَمِعَ النّاسُ هذا الحديثَ انتَهَبوها أي تَبادَروا إلى شرائها.

وتخصيصُ هذه القُرْبةِ بسِنٍّ دونَ سِنٍّ أمرٌ لا يُعْرَفُ [٤] إلاّ بالتّوْقيفِ فيُتّبَعُ ذلك.

وأمّا معاني هذه الأسماءِ: فقد ذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله أنّ الفقهاءَ قالوا:

الجذَعُ من الغنَمِ ابنُ سِتّةِ أشهرٍ، والثّنيُّ منه ابنُ سَنةٍ، والجذَعُ من البقَرِ ابنُ سَنةٍ، والثّنيُّ [منه] [٥] ابنُ سَنَتَيْنِ، والجذَعُ من الإبلِ ابنُ أربعِ سِنينَ، والثّنيُّ منها ابنُ خمسٍ.

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطّحاويِّ في الثّنيِّ من الإبلِ ما تَمّ له أربعُ سِنينَ وطَعَنَ في الخامِسةِ.

وذَكَرَ الزّعْفَرانيُّ في الأضاحيّ: الجذَعُ ابنُ ثَمانيةِ أشهرٍ أو تِسْعةِ أشهرٍ، والثّنيُّ من الشّاةِ والمعزِ ما تَمّ له حَوْلٌ وطَعَنَ في السّنةِ الثّانيةِ، ومن البقَرِ ما تَمّ له حَوْلانِ وطَعَنَ في السّنةِ الثّالِثةِ، ومن الإبلِ ما تَمّ له خمسُ سِنينَ وطَعَنَ في السّنةِ السّادِسةِ.

وتقديرُ هذه الأسنانِ بما قُلْنا لمَنْعِ النُّقْصانِ لا لمَنْعِ الزّيادةِ؛ حتّى لو ضَحّى بأقَلّ من ذلك سِنًّا لا يجوزُ ولو ضَحّى بأكثَرَ من ذلك سِنًّا يجوزُ ويكونُ أفْضَلَ.

ولا يجوزُ في الأُضْحيّةِ: حَمَلٌ ولا جَدْيٌ ولا عِجْلٌ ولا فصيلٌ؛ لأنّ الشّرعَ إنّما ورَدَ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) سبق تخريجه.

(٣) ضعيف: أخرجه الترمذي، كتاب: الأضاحي، باب: ما جاء في الجذع من الضأن في الأضاحي، برقم (١٤٩٩)، وأحمد، برقم (٩٤٤٦)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٧١)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (١/ ٣٢٢) برقم (٣٠٧)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢١٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل، برقم (١١٤٣).

(٤) في المخطوط: «يعلم». (٥) زيادة من المخطوط.

بالأسنانِ التي ذَكَرْناها وهذه لا تُسَمّى بها.

وأمّا قدره: فلا يجوزُ [١/ ٢٩٤ أ] الشّاةُ والمعزُ إلاّ عن واحدٍ وإنْ كانت عَظيمةً سَمينةً تُساوي شاتَيْنِ مِمّا يجوزُ أنْ يُضَحّى بهما؛ لأنّ القياسَ في الإبلِ والبقَرِ أنْ لا يجوزَ فيهما الاشتِراكُ؛ لأنّ القُرْبَةَ في هذا الباب إراقةُ الدّمِ وأنّها لا تحتَمِلُ التّجْزِئةَ؛ لأنّها ذَبْحٌ واحدٌ، وإنّما عَرَفْنا جَوازَ ذلك بالخبَرِ، فبقِيَ الأمرُ في الغنَمِ على أصلِ القياسِ.

فإنْ قيلَ: أليس أنّه رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ ضَحّى بكَبْشينِ أملَحينِ أحدُهما عن نفسِه والآخَرُ عَمّنْ لم يَذْبَحُ من أمّتِه [١]، فكيف ضَحّى بشاةٍ واحدةٍ عن أُمّتِه عليه الصلاة والسلام؟.

فالجوابُ: أنّه عليه الصلاة والسلام إنّما فعَلَ [ذلك] [٢] لأجلِ الثّواب؛ وهو أنّه جعل ثَوابَ تَضْحيَتِه بشاةٍ واحدةٍ لأُمّتِه لا للإجزاءِ وسُقوطِ التّعَبُّدِ عنهم.

ولا يجوزُ بَعيرٌ واحدٌ ولا بقَرةٌ واحدةٌ عن أكثَرَ من سَبْعةٍ، ويجوزُ ذلك عن سَبْعةٍ أو أقَلّ من ذلك، وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ [٣]، وقال مالِكٌ رحمه الله: يُجْزي ذلك عن أهلِ بيتٍ واحدٍ - وإنْ زادوا على سَبْعةٍ - ولا يُجْزي عن أهلِ بيتَيْنِ - وإنْ كانوا أقَلّ من سَبْعةٍ [٤].

والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنه قال: «**البدَنةُ تُجْزي عن سَبْعةٍ والبقَرةُ تُجْزي عن سَبْعةٍ**» [٥].

وعن جابرٍ رضي الله عنه [أنه] [٦] قال: نَحَرْنا مع رسولِ اللّه ﷺ البدَنةَ عن سَبْعةٍ والبقَرةَ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (٣٠٠)

وفي بيان مذهب الشافعية: قال الشافعي رضي الله عنه: تجزئ البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة، والشاة عن واحد. انظر: المزني (ص٢٨٤).

(٤) مذهب المالكية: يجوز أن يذبح الشاة والبقرة والبدنة عن نفسه وعن أهل البيت، وإن كانوا أكثر من سبعة بشركتهم فيها. انظر: المدونة (٢/ ٦٩).

(٥) صحيح، أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، باب: في البقر والجزور عن كم تجزئ، برقم (٢٨٠٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، انظر مشكاة المصابيح رقم (١٤٥٨).

(٦) زيادة من المخطوط.

عن سَبْعةٍ [١] من غيرِ فصلٍ بين أهلِ بيتٍ وبيتَيْنِ؛ ولأنّ القياسَ يأبَى جَوازَها عن أكثَرَ من واحدٍ لما ذَكَرْنا أنّ القُرْبَةَ في الذّبْحِ، وأنّه فعلٌ واحدٌ لا يتجزّأُ؛ لكنّا تَركنا القياسَ بالخبَرِ المُقْتَضِي للجَوازِ عن سَبْعةٍ مُطْلَقًا فيُعْمَلُ بالقياسِ فيما وراءَه؛ لأنّ البقَرةَ بمنزلةِ سَبْعِ شياهٍ ثُمّ جازَتِ التّضْحيةُ بسَبْعِ شياهٍ عن سَبْعةٍ سَواءٌ كانوا من أهلِ بيتٍ [واحد] [٢] أو بيتَيْنِ فكذا البقَرةُ.

ومنهم مَنْ فصَلَ بين البعيرِ والبقَرةِ فقال: البقَرةُ لا تجوزُ عن أكثَرَ من سَبْعةٍ، فأمّا البعيرُ فإنّه يجوزُ عن عشرةٍ، ورَوَوْا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**البدَنةُ تُجْزِي عن عشرةٍ**» [٣] ونوعٌ من القياسِ يُؤَيِّدُه؛ وهو أنّ الإبلَ أكثَرُ قيمةً من البقَرِ؛ ولهذا فُضِّلَتِ الإبلُ على البقَرِ في باب الزّكاةِ والدّياتِ فتَفْضُلُ في الأُضْحيّةِ أيضًا.

ولنَا: أنّ الأخبارَ إذا اختلفتْ في الظّاهرِ يجبُ الأخذُ بالاحتياطِ وذلك فيما قُلْنا؛ لأنّ جَوازَه عن سَبْعةٍ ثابتٌ بالاتّفاقِ وفي الزّيادةِ اختلافٌ فكان الأخذُ بالمُتّفَقِ عليه أخذًا بالمُتيَقّنِ.

وأمّا ما ذكروا من القياسِ: فقد ذَكَرْنا أنّ الاشتِراكَ في هذا الباب معدولٌ به عن القياسِ، واستعمالُ القياسِ فيما هو معدولٌ به عن القياسِ ليس من الفقه، ولا شَكّ في جَوازِ بَدَنةٍ أو بقَرةٍ عن أقَلّ من سَبْعةٍ بأنِ اشتركَ اثنانِ أو ثلاثةٌ أو أربعةٌ أو خمسةٌ أو سِتّةٌ في بَدَنةٍ أو بقَرةٍ؛ لأنّه لَمّا جاز السُّبْعُ فالزّيادةُ أولى، وسَواءٌ اتّفَقَتِ الأنْصِباءُ في القدرِ أو اختلفتْ؛ بأنْ يكونَ

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: الاشتراك في الهدي وإجزاء البقرة والبدنة، برقم (١٣١٨)، وأبو داود، كتاب: الضحايا، باب: في البقر والجزور عن كم تجزئ، برقم (٢٨٠٩)، والترمذي، برقم (٩٠٤)، والنسائي بنحوه، برقم (٤٣٩٣)، وابن ماجه، برقم (٣١٣٢)، وأحمد برقم (١٣٧١٣)، ومالك برقم (١٠٤٩)، والدارمي برقم (١٩٥٦)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٨) برقم (٢٩٠١)، وابن حبان (٩/ ٣١٧) برقم (٤٠٠٦)، والبيهقي في ال كبرى (٥/ ١٦٨) برقم (٩٥٧٢)، والطبراني في الأوسط (٨/ ٣١٢) برقم (٨٧٣٤)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٤٨) برقم (١٧٩٥)، والشافعي في مسنده (١/ ٢١٧)، وأبو عوانة في مسنده (٥/ ٨٨) برقم (٧٨٩٩) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب: الحج، باب: ما جاء في الاشتراك في البدنة والبقرة، برقم (٩٠٤)، والنسائي برقم (٤٣٩٢)، وابن ماجه برقم (٣١٣١)، وأحمد بنحوه برقم (٢٤٨٠)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٥٦) برقم (٧٥٥٩)، والطبراني في الأوسط بنحوه (٨/ ١١٤) برقم (٨١٣٢) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما. انظر صحيح سنن النسائي.

لأحدِهم النِّصفُ وللآخَرِ الثُّلُثُ ولِآخَرَ السُّدُسُ بعدَ أنْ لا يَنْقُصَ عن السُّبْعِ .

ولو اشتركَ سَبْعةٌ في خمسِ بقَراتٍ أو في أكثَرَ فذَبَحوها أجزَأهم ؛ لأنّ لكُلِّ واحدٍ منهم في كُلِّ بقَرةٍ سُبُعَها ، ولو ضَحَّوْا ببقَرةٍ واحدةٍ أجزَأهم بالأكثَرُ [(١)] أولى .

ولو اشتركَ ثَمانيةٌ في سَبْعِ بقَراتٍ لم يُجْزِهم ؛ لأنّ كُلّ بقَرةٍ بينهم على ثَمانيةِ أسهمٍ فيكونُ لكُلِّ واحدٍ منهم أنْقصُ من السُّبْعِ .

وكذلك إذا كانوا عشرةً أو أكثَرَ فهو على هذا .

ولو اشتركَ ثَمانيةٌ في ثَمانيةٍ من البقَرِ فضَحّوْا بها لم تُجْزِهم ؛ لأنّ كُلّ بقَرةٍ تكونُ بينهم على ثَمانيةِ أسهمٍ ، وكذلك (إذا كان) [(٢)] البقَرُ أكثَرَ لم تُجْزِهم ، ولا رِوايةَ في هذه الفُصولِ وإنّما قِيلَ إنّه لا يجوزُ بالقياسِ .

ولو اشتركَ سَبْعةٌ في سَبْعِ شياهٍ بينهم فضَحّوْا بها - القياسُ أنْ لا تُجْزِئَهم ؛ لأنّ كُلّ شاةٍ تكونُ بينهم على سَبْعةِ أسهمٍ وفي الاستِحْسانِ يُجْزيهم .

وكذلك لو اشترى اثنانِ شاتَيْنِ للتّضْحيةِ فضَحّيا بهما بخلافِ عبدَيْنِ بين اثنَيْنِ [(٣)] عليهما كفّارَتانِ فأعتَقاهما عن كفّارَتَيْهما أنّه لا يجوزُ ؛ لأنّ الأنصِباءَ تَجْتَمِعُ في الشّاتَيْنِ ولا تَجْتَمِعُ في الرّقيقِ بدَليلِ أنّه يُجْبَرُ على القِسْمةِ في الشّاةِ ولا يُجْبَرُ في الرّقيقِ ، ألا تَرَى أنّها لا تُقْسَمُ قِسْمةَ جَمْعٍ في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه .

وعلى هذا يَنْبَغي أنْ يكونَ في الأوّلِ قياسٌ واستِحْسانٌ ، والمذكورُ جَوابُ القياسِ وأمّا صِفَتُه فهي أنْ يكونَ سَليمًا عن العُيوب الفاحِشةِ وسَنَذْكُرُها في بيانِ شرائطِ الجوازِ بعَوْنِ اللّه تعالى ، واللّه الموَفِّقُ .

فصلٌ [في شروط جواز إقامة الوجوب]

وأمّا شرائطُ جوازِ إقامةِ الواجِبِ ، وهي [(٤)] التّضْحيةُ فهي في الأصلِ نوعانِ :

نوعٌ يَعُمُّ ذَبحَ كُلِّ حَيَوانٍ مأكولٍ ونوعٌ يَخُصُّ التّضْحيةَ ؛ أمّا الذي يَعُمُّ ذَبحَ كُلِّ حَيَوانٍ

---

(١) في المخطوط : «فبالأكثَرُ» .

(٢) في المخطوط : «إن كانت» .

(٣) في المخطوط : «رجلين» .

(٤) في المخطوط : «وهو» .

ماكولٍ فقد ذكَرْناه في كتابِ الذَّبائحِ.

وأمّا الذي يخُصُّ التَّضْحيةَ فأنواعٌ: بعضُها يرجعُ إلى مَنْ عليه التَّضْحيةُ، وبعضُها يرجعُ إلى وقتِ التَّضْحيةِ، وبعضُها يرجعُ إلى محلِّ التَّضْحيةِ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى مَنْ عليه التَّضْحيةُ فمنها: نيّةُ الأُضْحيةِ، لا تُجْزِي الأُضْحيةُ بدونِها؛ [٢٩٤ ب] لأنّ الذّبحَ قد يكونُ للّحمِ وقد يكونُ للقُرْبةِ، والفعلُ لا يقعُ قُرْبةً بدونِ النّيّةِ.

قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «لا عَمَلَ لمَنْ لا نيّةَ له»(١) والمُرادُ منه عَمَلٌ هو قُرْبةٌ؛ وللقُرْبةِ جِهاتٌ: من المُتْعةِ، والقِرانِ، والإحْصارِ، وجَزاءِ الصَّيْدِ، وكفّارةِ الحَلْقِ، وغيرِه من المحظوراتِ، فلا تتعيَّنُ الأُضْحيةُ(٢) إلّا بالنّيّةِ.

وقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «إنّما الأعمالُ بالنّيّاتِ، وإنّما لكلِّ(٣) امرئٍ ما نوى»(٤)، ويكفيه أن ينويَ بقلبِه، ولا يُشتَرطُ أن يقولَ بلسانِه ما نوى بقلبِه كما في الصّلاةِ؛ لأنّ النّيّةَ عَمَلُ القلبِ، والذِّكرُ باللِّسانِ دليلٌ عليها.

ومنها: أن لا يُشارِكَ المُضحِّيَ فيما يحتمِلُ الشَّرِكةَ مَنْ لا يُريدُ القُرْبةَ رأسًا، فإن شارَكَ لم يجُزْ عن الأُضْحيةِ، وكذا هذا في سائرِ القُرَبِ سوى الأُضْحيةِ إذا شارَكَ المُتقرِّبُ مَنْ لا يُريدُ القُرْبةَ لم يجُزْ عن القُرْبةِ، كما في دَمِ المُتْعةِ والقِرانِ والإحْصارِ وجَزاءِ الصَّيْدِ وغيرِ ذلك، وهذا عندنا(٥)، وعندَ الشافعيِّ رحمه الله هذا ليس بشرطٍ(٦)، حتّى لو اشترك سبعةٌ في بعيرٍ أو بقرةٍ كلُّهم يُريدون القُرْبةَ: الأُضْحيةَ أو غيرَها من وجوهِ القُرَبِ إلّا واحدٌ منهم يُريدُ اللّحمَ لا يُجْزي واحدًا منهم من الأُضْحيةِ ولا من غيرِها من وجوهِ القُرَبِ عندنا، وعندَه يُجْزي.

وجهُ قولِه: أنّ الفعلَ إنّما يصيرُ قُرْبةً من كلِّ واحدٍ بنيّتِه لا بنيّةِ صاحبِه، فعَدَمُ النّيّةِ من أحدِهم لا يقدَحُ في قُرْبةِ الباقين.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١/ ٤١) برقم (١٧٩) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
(٢) في المخطوط: «تتعيّن للأضحية». (٣) في المخطوط: «ولكل».
(٤) سبق تخريجه. (٥) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٤/ ١٤٧٢).
(٦) مذهب الشافعية: أن البدنة تجزئ عن سبعة، وكذا البقرة، سواء كانوا أهل بيت، أو بيوت، وسواء كانوا متقربين بقربة متفقة، أو مختلفة، واجبة أو مستحبة، أم كان بعضهم يريد اللحم. انظر: روضة الطالبين (٣/ ١٩٨).

ولنا: أنّ القُرْبةَ في إراقةِ الدّمِ، وأنّها لا تتجزّأ؛ لأنّها ذَبْحٌ واحدٌ فإنْ لم يقعْ قُرْبةً من البعضِ لا يقعُ قُرْبةً من الباقينَ ضرورةَ عدمِ التّجزُّؤِ ولو أرادوا القُرْبةَ؛ الأُضْحيّةَ أو غيرَها من القُرَبِ أجزأهم سَواءٌ كانتِ القُرْبةُ واجبةً أو تطوُّعًا أو وجبَتْ على البعضِ دونَ البعضِ، وسَواءٌ اتّفقَتْ جِهاتُ القُرْبةِ أو اختلفتْ بأنْ أرادَ بعضُهم الأُضْحيّةَ، وبعضُهم جَزاءَ الصّيْدِ، وبعضُهم هَدْيَ الإحصارِ، وبعضُهم كفّارةَ شيءٍ أصابَه في إحرامِه، وبعضُهم هَدْيَ التّطوُّعِ، وبعضُهم دَمَ المُتْعةِ أو (١) القِرانِ، وهذا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ رحمه الله: لا يجوزُ إلاّ إذا اتّفقَتْ جِهاتُ القُرْبةِ بأنْ كانَ الكُلُّ بجِهةٍ واحدةٍ وَجْهُ قولِه: أنّ القياسَ يأبَى الاشتِراكَ؛ لأنّ الذّبحَ فعلٌ واحدٌ لا يتجزّأُ فلا يُتصوّرُ أنْ يقعَ بعضُه عن جِهةٍ وبعضُه عن جِهةٍ أُخرى؛ لأنّه لا بعضَ له إلاّ عندَ الاتّحادِ، [فعندَ الاتّحادِ] (٢) جُعلَتِ الجِهاتُ كجِهةٍ واحدةٍ وعندَ الاختلافِ لا يُمْكِنُ فبقيَ الأمرُ فيه مردودًا إلى القياسِ.

ولنا: أنّ الجِهاتِ - (وإنِ اختلفتْ) (٣) صورةً - فهي في المعنى واحدٌ؛ لأنّ المقصودَ من الكُلِّ التّقرُّبُ إلى اللّه - عزّ شأنُه - وكذلك إنْ أرادَ بعضُهم العقيقةَ عن ولدٍ وُلِدَ له من قَبْلُ؛ لأنّ ذلك جِهةُ التّقرُّب إلى اللّه تعالى - عزّ شأنُه - بالشُّكرِ على ما أنْعمَ عليه من الولدِ، كذا (٤) ذكرَ محمّدٌ رحمه الله في نَوادرِ الضّحايا ولم يَذْكُرْ ما إذا أرادَ أحدُهم الوليمةَ - وهي ضيافةُ التّزْويجِ - وينْبَغي أنْ يجوزَ؛ لأنّها إنّما تُقامُ شُكرًا للّه تعالى - عزّ شأنُه - على نِعْمةِ النّكاحِ وقد ورَدَتِ السُّنّةُ بذلك عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «أولِمْ ولو بشاةٍ» (٥) فإذا قصَدَ بها الشُّكرَ أو إقامةَ السُّنّةِ فقد أرادَ بها التّقرُّبَ إلى اللّه عزّ شأنُه.

---

(١) في المطبوع: «و».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «كجهة واحدة».
(٤) في المخطوط: «كما».
(٥) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في قول الله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَوٰةُ﴾ [الجمعة: ١٠] برقم (٢٠٤٩)، ومسلم كتاب: النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، برقم (١٤٢٧)، وأبو داود، كتاب: النكاح، باب: قلة المهر، برقم (٢١٠٩)، والترمذي برقم (١٠٩٤)، والنسائي برقم (٣٣٥١)، وابن ماجه، برقم (١٩٠٧)، وأحمد (١٢٢٧٤)، ومالك (١١٥٧)، والدارمي (٢٠٦٤)، وابن حبان (٩/ ٤٠٦) برقم (٤٠٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٤٨) برقم (١٣٢١٨)، والطبراني في الكبير (١/ ٢٥٢) برقم (٧٢٨)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٨٤) برقم (٢١٢٨)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٤٦)، والحميدي في مسنده (٢/ ٥١١) برقم (١٢١٨)، وعبد بن حميد في

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله أنه كرِهَ الاشتِراكَ عندَ اختلافِ الجِهةِ ورُوِيَ عنه أنّه قال: لو كان هذا من نوعٍ واحدٍ لَكان أحبَّ إلَيّ، وهكذا قال أبو يوسُفَ رحمه الله.

ولو كان أحدُ الشُّرَكاءِ ذِمّيًّا كِتابيًّا أو غيرَ كِتابيٍّ وهو يُريدُ اللّحمَ أو أرادَ القُرْبةَ في دينِه - لم يُجْزِهم عندَنا؛ لأنّ الكافرَ لا تَتَحقّقُ منه القُرْبةُ فكانت نيّتُه مُلْحقةً بالعدَمِ فكان مُريدًا للّحمِ، والمسلمُ لو أرادَ اللّحمَ لا يجوزُ عندَنا فالكافرُ أولى، [وكذلك] [(١)] إذا كان أحدُهم عبدًا أو مُدَبّرًا ويُريدُ الأُضْحيّةَ؛ لأنّ نيّتَه باطِلةٌ؛ لأنّه ليس من أهلِ هذه القُرْبةِ فكان نصيبُه لَحمًا فيمْتَنِعُ الجوازُ أصلاً وإنْ كان أحدُ الشُّرَكاءِ مِمّنْ يُضَحّي عن مَيِّتٍ جاز.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه لا يجوزُ، وذَكَرَ في الأصلِ: إذا اشتركَ سَبْعةٌ في بَدَنةٍ فمات أحدُهم قبل الذّبْحِ فرَضِيَ ورَثَتُه أنْ يُذْبَحَ عن الميِّتِ جاز استِحْسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزَ.

وَجْهُ القياسِ: أنّه لَمّا مات أحدُهم فقد سَقَطَ عنه الذّبْحُ، وذَبْحُ الوارِثِ لا يقعُ عنه؛ إذِ الأُضْحيّةُ عن الميِّتِ لا تجوزُ فصار نصيبُه اللّحمَ، وأنّه يُمْنَعُ من جَوازِ ذَبْحِ الباقينَ من الأُضْحيّةَ كما لو أرادَ أحدُهم اللّحمَ في حالِ حَياتِه.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: أنّ الموتَ لا يمْنَعُ التّقَرُّبَ عن الميِّتِ بدَليلِ أنّه يجوزُ أنْ يُتَصَدّقَ عنه ويُحَجُّ عنه، وقد صَحّ أنّ رسول الله ﷺ ضَحّى بكَبْشينِ أحدُهما عن نفسِه والآخَرُ عَمّنْ لم [(٢)] يَذْبَحْ من أُمّتِه [(٣)]، وإنْ كان منهم مَنْ قد مات قبل أنْ يَذْبَحَ - فدَلّ [(٤)] أنّ الميِّتَ يجوزُ أنْ يُتَقَرّبَ عنه فإذا ذُبِحَ عنه صار نصيبُه للقُرْبةِ فلا يمْنَعُ جَوازَ ذَبْحِ الباقينَ.

ولو اشترى رجلٌ بقَرةً يُريدُ أنْ يُضَحّيَ بها ثُمّ أشرَكَ فيها بعدَ ذلك قال هِشامٌ [١/ ٢٩٥أ]: سَألت أبا يوسُفَ فأخبَرَني أنّ أبا حنيفةَ رحمه الله قال: أكرَه ذلك ويُجْزيهم أنْ

مسنده (١/ ٣٩٥)، برقم (١٣٣٣)، وأبو يعلى في مسنده (٦/ ٩٢) برقم (٣٣٤٨)، والربيع في مسنده (١/ ٢٠٩) برقم (٥٢١)، وعبدالرزاق في مصنفه (٦/ ١٧٧) برقم (١٠٤١٠) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المطبوع: «لا».

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في المخطوط: «فثبت».

يَذْبَحوها عنهم، قال: وكذلك (قولُ أبي يوسُفَ) [١]، قال: قُلْت لأبي يوسُفَ: ومَنْ نيّتُه أنْ يُشْرِكَ فيها؟ قال: لا أحْفَظُ عن أبي حنيفةَ رحمه الله فيها شيئًا ولكنْ لا أرَى بذلك بَأسًا.

وقال في الأصلِ: قال أرأيت في رجلٍ اشترى بقَرةً يُريدُ أنْ يُضَحّيَ بها عن نفسِه فأشرَكَ فيها بعدَ ذلك ولم يُشرِكهم حتّى اشتَراها فأتاه إنسانٌ بعدَ ذلك فأشرَكَه حتّى استَكمَلَ؛ يعني أنّه صار سابعَهم هل يُجْزي عنهم؟ قال: نَعَم استُحْسِنَ وإنْ فعَلَ ذلك قبل أنْ يشتريَها كان أحْسَنَ.

وهذا محمولٌ على الغنيِّ إذا اشترى بقَرةً لأُضْحيّتِه؛ لأنّها لم تَتَعيّنْ لوجوب التّضْحيةِ بها وإنّما يُقيمُها عندَ الذّبحِ مقامَ ما يجبُ عليه أو واجِبٌ عليه فيَخْرُجُ عن عُهْدةِ الواجِب بالفعلِ فيما يُقيمُه فيه فيجوزُ اشتِراكُهم فيها وذَبْحُهم إلاّ أنّه يُكرَه؛ لأنّه لَمّا اشتَراها ليُضَحّيَ بها فقد وعَدَ وعْدًا فيُكرَه أنْ يُخْلِفَ الوعْدَ، فأمّا إذا كان فقيرًا فلا يجوزُ له أنْ يُشرِكَ فيها؛ لأنّه أوجَبَها على نفسِه بالشِّراءِ للأُضْحيّةِ فتعَيّنَتْ للوجوب فلا يَسْقُطُ عنه ما أوجَبَه على نفسِه.

وقد قالوا في مسالةِ الغني: إذا أشرَكَ بعدَما اشتَراها للأُضْحيّةِ أنّه يَنْبَغي أنْ يتصَدّقَ بالثّمَنِ وإنْ لم يَذْكُرْ ذلك محمّدٌ رحمه الله لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ دَفَعَ إلى حَكيمِ بنِ حِزامٍ دينارًا وأمره أنْ يشتريَ له أُضْحيّةً فاشترى شاةً فباعَها بدينارَيْنِ واشترى بأحدِهما شاةً وجاءَ إلى النّبيِّ عليه الصلاة والسلام بشاةٍ ودينارٍ وأخبرَه بما صَنَعَ فقال عليه الصلاة والسلام: «بارَكَ اللّه في صَفقةِ يمينِكَ» [٢] وأمر عليه الصلاة والسلام أنْ يُضَحّى بالشّاةِ ويُتَصَدّقَ بالدّينارِ لما أنّه قَصَدَ إخراجَه للأُضْحيّةِ كذا ههنا.

---

(١) في المخطوط: «أبو يوسف».

(٢) صحيح، أخرجه الترمذي بلفظه، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك برقم (١٢٥٨)، والدارقطني (٣/ ١٠) برقم (٢٩)، والطبراني في الكبير (١٧/ ١٦٠) برقم (٤٢١) من حديث عروة البارقي رضي الله عنه، انظر صحيح جامع الترمذي. وللحديث شاهد في الصحيح، أخرجه البخاري، كتاب: المناقب، باب: سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، برقم (٣٦٣٤)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في المضارب يخالف، برقم (٣٣٨٤)، وابن ماجه برقم (٢٤٠٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١١١) برقم (١١٣٩٣)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٥٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٧/ ٣٠٣) برقم (٣٦٢٩٣) من حديث عروة البارقي رضي الله عنه.

ومنها: أنْ تكونَ نيةُ الأُضْحيةِ مُقارِنةً للتضْحيةِ كما في بابِ الصلاةِ؛ لأنّ النيّةَ مُعْتَبرةٌ في الأصلِ فلا يَسْقُطُ اعتِبارُ القِرانِ إلاّ لضرورةٍ كما في بابِ الصَّوْمِ؛ لتعذُّرِ قِرانِ النيّةِ لوقتِ الشُّروعِ لما فيه من الحرَجِ.

ومنها إذنُ صاحبِ الأُضْحيةِ بالذَّبْحِ إمّا نصًّا أو دَلالةً إذا كان الذّابحُ غيرَه، فإنْ لم يوجدْ لا يجوزُ؛ لأنّ الأصلَ فيما يعملُه الإنسانُ أنْ يقعَ للعامِلِ، وإنّما يقعُ لغيرِه بإذنِه وأمرِه فإذا لم يوجَدْ لا يقعُ له.

وعلى هذا يُخرّجُ ما إذا غَصَبَ شاةَ إنسانٍ فضَحّى بها عن صاحِبها من غيرِ إذنِه وإجازتِه أنّه لا يجوزُ، ولو اشترى شاةً للأُضْحيةِ فأضْجَعَها وشَدّ قوائمَها في أيّامِ النّحْرِ فجاءَ إنسانٌ فذَبَحَها جازَ استِحسانًا لوجودِ الإذنِ منه دَلالةً لما بيّنّا فيما تقدّمَ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى وقتِ التضْحيةِ: فهو أنّها لا تجوزُ قبلَ دُخولِ الوقتِ؛ لأنّ الوقتَ كما هو شرطُ الوجوبِ فهو شرطُ جَوازِ إقامةِ الواجبِ كوقتِ الصّلاةِ، فلا يجوزُ لأحدٍ أنْ يُضَحّيَ قبلَ طُلوعِ الفجرِ الثاني من اليومِ الأوّلِ من أيّامِ النّحْرِ ويجوزُ بعدَ طُلوعِه سواءٌ كان من أهلِ المِصْرِ أو من أهلِ القُرَى، غيرَ أنّ للجوازِ في حقِّ أهلِ المِصْرِ شرطًا زائدًا وهو أنْ يكونَ بعدَ صلاةِ العيدِ، لا يجوزُ تقديمُها عليه عندَنا[1].

وقال الشافعيُّ رحمه الله: إذا مضَى من الوقتِ مِقْدارُ ما صَلّى فيه رسولُ اللهِ ﷺ صلاةَ العيدِ جازتِ الأُضْحيةُ وإنْ لم يُصَلِّ الإمامُ[2].

والصّحيحُ قولُنا؛ لما رَوَيْنا عن رسولِ اللهِ ﷺ أنّه قال: «مَنْ ذبحَ قبلَ الصّلاةِ فلْيُعِدْ أُضْحيتَه»[3] ورُوِيَ عنه عليه الصّلاةُ والسّلامُ أنّه قال: «أوّلُ نُسُكِنا في يومِنا هذا الصّلاةُ ثُمّ الذّبحُ»[4].

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال في حَديثِ البراءِ بنِ عازِبٍ رضيَ الله عنه:

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٢).

(٢) مذهب الشافعية: لا تجوز أضحية قبل أن يذبح الإمام. انظر: المزني (ص ٢٨٤).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري كتاب: الجمعة، باب: استقبال الإمام الناس في خطبة العيد، برقم (٩٧٦)، والبيهقي في الكبرى (٣/٣١١) برقم (٦٠٥٧)، والطبراني في مسند الشاميين (٢/٢٠٤) برقم (١١٩١)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٢/٢٢٢) من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه.

«مَنْ كانَ مِنْكُم ذَبَحَ قَبلَ الصَّلاةِ فإنَّما هي لُحْمَةٌ أطْعَمَه اللهُ تعالى إنَّما الذَّبحُ بعدَ الصَّلاةِ»[1] فقد رَتَّبَ النَّبيُّ عليه الصلاة والسلام الذَّبْحَ على الصَّلاةِ وليس لأهلِ القُرى صَلاةُ العيدِ فلا يَثْبُتُ التَّرْتيبُ في حقِّهِم. وإنْ أخَّرَ الإمامُ صَلاةَ العيدِ فليس للرَّجُلِ (أنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَه)[2] حتَّى يتنصَّفَ النَّهارُ، فإنِ اشتغَلَ الإمامُ فلم يُصَلِّ العيدَ أو ترك ذلك مُتَعَمِّدًا حتَّى زالَت الشَّمسُ فقد حَلَّ الذَّبْحُ بغيرِ صَلاةٍ في الأيَّامِ كُلِّها؛ لأنَّه لَمَّا زالَتِ الشَّمسُ فقد فاتَ وقتُ الصَّلاةِ وإنَّما يَخْرُجُ الإمامُ في اليومِ الثَّاني والثَّالثِ على وجهِ القضاءِ، والتَّرْتيبُ شرطٌ في الأداءِ لا في القضاءِ، كذا ذَكَرَه القُدوريُّ رحمه الله.

وإنْ كان يُصَلِّي في المِصْرِ في موضِعَيْنِ بأنْ كان الإمامُ قد خَلَّفَ مَنْ يُصَلِّي بضَعَفَةِ النَّاسِ في [المسجد][3] الجامعِ وخرج هو بالآخَرينَ إلى المُصَلَّى - وهو الجبَّانةُ - ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنَّه إذا صَلَّى أهلُ [أحدِ المسجدَيْنِ أيُّهما كان جازَ ذَبْحُ الأضاحيِّ، وذَكَرَ في الأصلِ إذا صَلَّى أهلُ][4] المسجدِ فالقياسُ أنْ لا يجوزَ ذَبْحُ الأُضْحيَّةِ وفي الاستِحْسانِ يجوزُ.

وجهُ القياسِ: أنَّ صَلاةَ العيدِ لَمَّا كانت شرطًا لجوازِ الأُضْحيَّةِ في حقِّ أهلِ المِصْرِ فاعتبارُ صَلاةِ أهلِ أحدِ الموضِعَيْنِ يقتضي أنْ يجوزَ، واعتبارُ صَلاةِ أهلِ الموضِعِ الآخَرِ يقتضي أنْ لا يجوزَ فلا يُحْكَمُ بالجوازِ بالشَّكِّ بل يُحْكَمُ بعدمِ الجوازِ احتياطًا.

وجهُ الاستِحْسانِ: أنَّ الشَّرطَ صَلاةُ العيدِ والصَّلاةُ في المسجدِ الجامعِ تُجْزِئ [١/ ٢٩٥ ب] عن صَلاةِ العيدِ؛ بدليلِ أنَّهم لو اقتصروا عليها جازَ ووقعَ الاكتِفاءُ بذلك فقد وُجِدَ الشَّرطُ فجازَ، وكذا في الحديثِ الذي رَوَيْنا ترتيبُ الذَّبْحِ على الصَّلاةِ مُطْلَقًا وقد وُجِدَتْ ولو سبقَ أهلُ الجبَّانةِ بالصَّلاةِ قبلَ أهلِ المسجدِ لم يُذْكَرْ هذا في الأصلِ، وقيلَ لا روايةَ في هذا.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله: أنَّ هذا كصَلاةِ أهلِ المسجدِ، فعلى قولِه يكونُ فيه قياسٌ واستِحْسانٌ كما إذا صَلَّى أهلُ المسجدِ، واختلفَ المُتأخِّرونَ؛ منهم مَنْ قال: يجبُ أنْ يكونَ هذا جائزًا قياسًا واستِحْسانًا؛ لأنَّ الأصلَ في صَلاةِ العيدِ صَلاةُ مَنْ في الجبَّانةِ وإنَّما

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «أضحية».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

يُصَلّي مَنْ يُصَلّي في المسجِدِ لعُذْرٍ فوَجَبَ اعتِبارُ الأصلِ دونَ غيرِهم. ومنهم مَنْ أثبَتَ فيه القِياسَ والاستِحْسانَ كما في المسألةِ الأولى ووَجْهُها ما ذَكَرْنا.

ومنهم مَنْ قال: لا تجوزُ الأُضْحيّةُ بصَلاةِ أهلِ الجبّانةِ حتّى يُصَلّيَ أهلُ المسجِدِ؛ لأنّ الصّلاةَ في المسجِدِ هي الأصلُ بدَليلِ سائرِ الصّلَواتِ وإنّما يَخرُجُ الإمامُ إلى الجبّانةِ لضَرورةِ أنّ المسجِدَ لا يَتّسِعُ لهم فيجبُ اعتِبارُ الأصلِ.

ولو ذَبَحَ والإمامُ في خلالِ الصّلاةِ لا يجوزُ وكذا إذا ضَحّى قبل أنْ يقعُدَ قدرَ التّشَهُّدِ، ولو ذَبَحَ بعدَما قَعَدَ قدرَ التّشَهُّدِ قبل السّلامِ قالوا - على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله لا يجوزُ كما لو كان في خلالِ الصّلاةِ.

وعلى قياسِ قولِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله - يجوزُ بناءً على أنّ خُروجَ المُصَلّي من الصّلاةِ بصِفةٍ فرضٌ عندَه وعندَهما ليس بفَرْضٍ، ولو ضَحّى قبل فراغِ الإمامِ من الخُطْبةِ أو قبل الخُطْبةِ جاز؛ لأنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام رَتّبَ الذّبْحَ على الصّلاةِ لا على الخُطْبةِ فيما رَوَيْنا من الأحاديثِ فدَلّ أنّ العِبْرةَ للصّلاةِ لا للخُطْبةِ، ولو صَلّى الإمامُ صَلاةَ العيدِ وذَبَحَ رجلٌ أُضْحيّتَه ثُمّ تَبيّنَ أنّه يومُ عَرَفةَ فعلى الإمامِ أنْ يُعيدَ الصّلاةَ من الغدِ وعلى الرّجُلِ أنْ يُعيدَ الأُضْحيّةَ؛ لأنّه تَبيّنَ أنّ الصّلاةَ والأُضْحيّةَ وقَعَتا قبل الوقتِ فلم يَجز، وإنْ تَبيّنَ أنّ الإمامَ كان على غيرِ وُضوءٍ فإنْ عُلِمَ ذلك قبل أنْ يتفرّقَ النّاسُ يُعيدُ بهم الصّلاةَ باتّفاقِ الرّواياتِ، وهل يجوزُ ما ضَحّى قبل الإعادةِ.

ذُكِرَ في بعضِ الرّواياتِ أنّه يجوزُ؛ لأنّه ذَبَحَ بعدَ صَلاةٍ يُجيزُها بعضُ الفقهاءِ وهو الشّافعيُّ رحمه الله؛ لأنّ فسادَ صَلاةِ الإمامِ لا يوجِبُ فسادَ صَلاةِ المُقْتَدي عندَه فكانت تلك صَلاةً مُعْتَبَرةً عندَه، فعلى هذا يُعيدُ الإمامُ وحْدَه ولا يُعيدُ القوْمُ وذلك استِحْسانًا.

وذُكِرَ في اختلافِ زُفَرَ رحمه الله: أنّه يُعيدُ بهم الصّلاةَ ولا يجوزُ ما ضَحّى قبل إعادةِ الصّلاةِ، وإنْ تَفَرّقَ النّاسُ عن الإمامِ ثُمّ عُلِمَ بعدَ ذلك فقد ذُكِرَ في بعضِ الرّواياتِ أنّ الصّلاةَ لا تُعادُ، وقد جازَتِ الأُضْحيّةُ عن المُضَحّي؛ لأنّها صَلاةٌ قد جازَتْ في قولِ بعضِ الفقهاءِ فتَرْكُ إعادَتِها بعدَ تَفَرُّقِ النّاسِ أحْسَنُ من أنْ يُناديَ النّاسَ أنْ يَجْتَمِعوا ثانيًا، وهو أيسَرُ من (أن تَبْطُلَ) (١) أضاحيهم.

(١) في المطبوع: «أنه تبطل».

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّه تُعادُ الأُضْحيّةُ ولا تُعادُ بهم الصّلاةُ؛ لأنّ إعادةَ الأُضْحيّةِ أيسَرُ من إعادةِ الصّلاةِ.

ورُوِيَ أيضًا أنّه يُنادي بهم حتّى يَجْتَمِعوا ويُعيدُ بهم الصّلاةَ.

قال البلْخيّ رحمه الله: فعلى هذا القياسِ لا تُجْزي ذَبيحةُ مَنْ ذَبَحَ قبل إعادةِ الصّلاةِ [إلاّ أنْ تكونَ الشّمسُ قد زالَتْ فتُجزي ذَبيحةُ مَنْ ذَبَحَ في قولِهم جميعًا وسَقَطَتْ عنهم الصّلاةُ] (١)، ولو شَهِدَ ناسٌ عندَ الإمامِ - بعدَ نصفِ النّهارِ وبعدَما زالَتِ الشّمسُ - أنّ ذلك اليومَ هو العاشرُ من ذي الحِجّةِ جاز لهم أنْ يُضَحّوا ويَخْرُجُ الإمامُ من الغدِ فيُصَلّي بهم صَلاةَ العيدِ.

وإنْ عُلِمَ في صَدْرِ النّهارِ أنّه يومُ النّحْرِ فشُغِلَ الإمامُ عن الخُروجِ أو غَفَلَ فلم يَخْرُجْ ولم يأمُرْ أحدًا يُصَلّي بهم، فلا يَنْبَغي لأحدٍ أنْ يُضَحّيَ حتّى (٢) يُصَلّيَ الإمامُ إلى أنْ تَزول الشّمسُ، فإذا زالَتْ قبل أنْ يَخْرُجَ الإمامُ ضَحّى النّاسُ، وإنْ ضَحّى أحدٌ قبل ذلك لم يَجز.

ولو صَلّى الإمامُ صَلاةَ العيدِ وذَبَحَ رجلٌ أُضْحيّتَه ثُمّ تَبيّنَ للإمامِ أنّ يومَ العيدِ كان بالأمسِ جازَتِ الصّلاةُ وجاز للرّجُلِ أُضْحيّتُه.

ولو وقَعَتْ فِتْنةٌ في مِصْرٍ ولم يكنْ لها إمامٌ من قِبَلِ السُّلْطانِ يُصَلّي بهم صَلاةَ العيدِ فالقياسُ في ذلك أنْ يكونَ وقتُ النّحْرِ في ذلك المِصْرِ بعدَ طُلوعِ الفجْرِ يومَ النّحْرِ بمنزلةِ القُرَى التي لا يُصَلّى فيها، ولكنْ يُسْتَحْسَنُ أنْ يكونَ وقتُ نحرِهم بعدَ زوالِ الشّمسِ من يومِ النّحْرِ؛ لأنّ الموضِعَ موضِعُ الصّلاةِ.

ألا تَرَى أنّ الإمامَ لو كان حاضِرًا كان عليهم أنْ يُصَلّوا إلاّ أنّه امتَنَعَ أداؤُها العارِضُ فلا يتغَيّرُ حُكمُ الأصلِ؛ كما لو كان الإمامُ حاضِرًا فلم يُصَلِّ لعارِضِ أسبابٍ من مَرَضٍ أو غيرِ ذلك، وهناك لا يجوزُ الذّبحُ إلاّ بعدَ الزّوالِ كذا ههنا.

ولو ذَبَحَ أُضْحيّتَه بعدَ الزّوالِ من يومِ عَرَفةَ ثُمّ ظَهَرَ أنّ ذلك اليومَ كان يومَ النّحْرِ جازَتِ الأُضْحيّةُ عندَنا؛ لأنّ الذّبحَ حَصَلَ في وقتِه فيُجْزيه والله - عَزّ شَأنُه - أعلَمُ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المطبوع: «حين».

هذا إذا كان مَن عليه الأضحيةُ في المِصْرِ والشّاةُ في المِصْرِ، فإن كان هو في المِصْرِ والشّاةُ في الرُّسْتاقِ أو في موضِعٍ لا يُصَلّى فيه وقد كان أمر أن يُضَحّوا عنه فضَحّوا بها بعدَ طُلوعِ الفجْرِ قبل صلاةِ العيدِ فإنّها تُجْزِيه، وعلى عكسِه لو كان هو في الرُّسْتاقِ والشّاةُ في المِصْرِ وقد أمر مَنْ يُضَحّي عنه فضَحّوا بها قبل صلاةِ العيدِ فإنّها لا تُجْزِيه، وإنّما يُعْتَبَرُ في هذا مكانُ الشّاةِ لا مكانُ مَنْ عليه، هكذا ذكر محمّدٌ - عليه الرّحمةُ - في النّوادرِ وقال: إنّما أنْظُرُ إلى مَحَلِّ[1] الذّبحِ ولا أنْظُرُ إلى موضِعِ المذبوحِ عنه، وهكذا روى الحسنُ عن أبي يوسفَ رحمه الله: يُعْتَبَرُ[2] المكانُ الذي يكونُ فيه الذّبْحُ ولا يُعْتَبَرُ المكانُ الذي يكونُ فيه المذبوحُ عنه، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الذّبْحَ هو القُرْبةُ فيُعْتَبَرُ مكانُ فعلِها لا مكانُ المفعولِ عنه.

وإن كان الرّجلُ في مِصْرٍ[2] وأهلُه في مِصْرٍ آخرَ فكتب إليهم أن يُضَحّوا عنه رُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه اعتبر مكانَ الذّبيحةِ فقال: ينبغي لهم أنْ لا يُضَحّوا عنه حتّى يُصَلّيَ الإمامُ الذي فيه أهلُه، وإنْ ضَحّوا عنه قبل أنْ يُصَلّيَ لم يُجْزِه، وهو قولُ محمّدٍ - عليه الرّحمةُ -. وقال الحسنُ بنُ زيادٍ: انتَظَرْتُ الصّلاتَيْنِ جميعًا، وإنْ شَكّوا في وقتِ صلاةِ المِصْرِ الآخَرِ انتَظَرْتُ به الزّوالَ، فعندَه لا[3] يَذْبَحونَ عنه حتّى يُصَلّوا[4] في المِصْرَيْنِ جميعًا، وإنْ وقَعَ لهم الشّكُّ في وقتِ صلاةِ المِصْرِ الآخَرِ لم يَذْبَحوا حتّى تزولَ الشّمسُ، فإذا زالَتْ ذَبَحوا عنه.

وَجْهُ قولِ الحسنِ: أنّ فيما قُلْنا اعتبارَ الحالَيْنِ حالَ الذّبْحِ وحالَ المذبوحِ عنه، فكان أولى، ولأبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله: أنّ القُرْبةَ في الذّبْحِ، والقُرُباتُ المُؤَقّتةُ يُعْتَبَرُ وقتُها في حقِّ فاعلِها لا في حقِّ المفعولِ عنه، ويجوزُ الذّبْحُ في أيّامِ النّحْرِ نهارِها ولياليها؛ وهما لَيْلَتانِ: لَيْلةُ اليوم الثّاني وهي لَيْلةُ الحادي عشرَ، ولَيْلةُ اليومِ الثّالثِ وهي لَيْلةُ الثّاني عشرَ، ولا يدخلُ فيها لَيْلةُ الأضحى وهي لَيْلةُ العاشرِ من ذي الحِجّةِ؛ لقولِ جماعةٍ من الصّحابةِ

---

(١) في المخطوط: «موضع».
(٢) في المخطوط: «واعتبر».
(٣) في المخطوط: «لم».
(٤) في المخطوط: «يصلي».

رضي الله عنهم: أيامُ النحرِ ثلاثةٌ، وذكرُ الأيامِ يكونُ ذكرًا لليالي لغةً، قال الله - عزّ شأنُه - في قصةِ زكريا عليه الصلاة والسلام: ﴿ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١] وقال عزّ شأنُه في موضعٍ آخر: ﴿ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم: ١٠] والقصةُ قصةٌ واحدةٌ إلا أنّه لم يدخل فيها الليلةُ العاشرةُ من ذي الحجّةِ؛ لأنه استتبعها النهارُ الماضي وهو يومُ عرفةَ؛ بدليلِ أنّ مَنْ أدركَها فقد أدركَ الحجَّ، كما لو أدركَ النهارَ وهو يومُ عرفةَ فإذا جُعِلَتْ تابعةً للنهارِ الماضي لا تَتْبَعُ النهارَ المُسْتقبلَ فلا تدخلُ في وقتِ التّضحيةِ وتدخلُ الليلتانِ بعدَها، غيرَ أنّه يُكرَه الذّبحُ بالليلِ لا لأنّه ليس بوقتٍ للتّضحيةِ بل لمعنًى آخرَ ذكرْناه في كتابِ الذّبائحِ، والله - عزّ شأنُه - أعلمُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى مَحَلِّ التّضحيةِ فنوعانِ:

أحدُهما: سَلامةُ المحَلِّ عن العُيوبِ الفاحشةِ؛ فلا تجوزُ العمياءُ ولا العوراءُ البيِّنُ عَوَرُها والعرْجاءُ البيِّنُ عَرجها وهي التي لا تقدِرُ أن تمشي برِجْلِها إلى المنسَكِ، والمريضةُ البيِّنُ مَرَضُها والعجْفاءُ التي لا تُنْقي وهي المهزولةُ التي لا نِقْيَ لها وهو المُخُّ، ومقطوعةُ الأذنِ والألْيةِ بالكلّيّةِ، والتي لا أذنَ لها في الخِلْقةِ.

وسُئِلَ محمّدٌ رحمه الله عن ذلك فقال: أيكونُ ذلك؟! فإنْ كان لا يُجْزي ويُجْزي السّكّاءُ وهي صَغيرةُ الأذنِ، ولا يجوزُ مقطوعةُ إحدى الأذُنَيْنِ بكمالِها، والتي لها أذنٌ واحدةٌ خِلْقةً.

والأصلُ في اعتبارِ هذه الشّروطِ ما رُوِيَ عن البراءِ بنِ عازبٍ رضي الله عنهما أنّه قال: سَمِعْتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ: «لا تجْزي من الضّحايا أربعٌ العوراءُ البيِّنُ عَوَرُها والعرجاءُ البيِّنُ عَرجها والمريضةُ البيِّنُ مرَضُها والعجفاءُ التي لا تُنْقي»[1].

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، باب: ما يكره من الضحايا، برقم (٢٨٠٢)، والترمذي بنحوه برقم (١٤٩٧)، والنسائي برقم (٤٣٦٩)، وابن ماجه برقم (٣١٤٤)، وأحمد برقم (١٨٠٣٩)، ومالك برقم (١٠٤٢)، والدارمي برقم (١٩٤٩)، وابن خزيمة (٤/ ٢٩٢)، برقم (٢٩١٢)، وابن حبان (١٣/ ٢٤٣) برقم (٥٩٢١)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٤٠) برقم (١٧١٨)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٤٢) برقم (١٠٠٢٦)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ١٠١) برقم (٧٤٩)، وابن الجعد في مسنده (١/ ١٣٦) برقم (٨٧٣) من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٨٨٦).

ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «استَشرِفوا العينَ والأذُنَ»[(١)] أي تأمّلوا سَلامَتَهما عن الآفاتِ. ورُوِيَ أنّه عليه الصلاة والسلام نَهَى أنْ يُضَحّى بعَضْباءِ الأذُنِ[(٢)]، ولو ذَهَبَ بعضُ هذه الأعضاءِ دونَ بعضٍ من الأذُنِ والأليةِ والذّنَب والعيْنِ.

ذَكَرَ[(٣)] في الجامِعِ الصّغيرِ يُنْظَرُ فإنْ كان الذّاهبُ كثيرًا يمْنَعُ جَوازُ التّضْحيةِ، وإنْ كان يَسيرًا لا يُمْنَعُ؛ لأنّ اليسيرَ مِمّا لا يُمْكِنُ التّحَرُّزُ عنه إذِ الحيَوانُ لا يَخْلو عنه عادةً، فلو اعتُبِرَ مانِعًا لَضاقَ الأمرُ على النّاسِ ووَقَعوا في الحرَجِ.

واختلف أصحابُنا في الحدِّ الفاصِلِ بين القليلِ والكثيرِ فعن أبي حنيفةَ رحمه الله أربعُ رِواياتٍ، رَوَى محمّدٌ - رحمه الله - عنه في الأصلِ، وفي الجامِعِ الصّغيرِ أنّه إنْ كان ذَهَبَ الثُّلُثُ أو أقَلُّ جاز وإنْ كان أكثَرَ من الثُّلُثِ لا يجوزُ.

ورَوَى ابو يوسفَ رحمه الله: أنّه إنْ كان ذَهَبَ الثُّلُثُ لا يجوزُ، وإنْ كان أقَلّ من الثلث[(٤)] جاز.

وقال ابو يوسفَ رحمه الله: ذَكَرْت قولي لأبي حنيفةَ رحمه الله فقال: قولي مثلُ قولِك، وقولُ أبي يوسُفَ إنّه إنْ كان الباقي أكثَرَ من الذّاهب يجوزُ[(٥)]، وإنْ كان أقَلّ منه أو مثلَه لا يجوزُ.

ورَوَى أبو عبدِ اللّه البلْخيّ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه إذا ذَهَبَ الرُّبُعُ لم يُجْزِه، وذَكَرَ الكَرْخيُّ قول محمّدٍ مع قولِ أبي حنيفةَ في رِوايَتِه عنه [١/ ٢٩٦ ب] في الأصلِ،

---

(١) الحديث بلفظه أخرجه الطبراني في الأوسط (٩/ ١٦١) برقم (٩٤٢١)، وأورده الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢١٤)، وللحديث شاهد من حديث علي بمعناه، وسنده ضعيف، أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، باب: ما يكره من الضحايا، برقم (٢٨٠٤)، والترمذي برقم (١٤٩٨)، والنسائي، برقم (٤٣٧٢)، وابن ماجه، برقم (٣١٤٣)، وأحمد برقم (٧٣٤)، والدارمي برقم (١٩٥٢)، وابن خزيمة (٤/ ٢٩٣) برقم (٢٩١٤)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٤٠) برقم (١٧٢٠)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٧٥)، والطبراني في الأوسط (٨/ ٦٤) برقم (٧٩٧٣)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٣)، برقم (١٦٠)، والبزار في مسنده (٢/ ٣٢١) برقم (٧٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣٤٧) برقم (١٣٤٣٧) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، انظر ضعيف جامع الترمذي.

(٢) العضباء: المشقوقة، وهو لقب ناقة النبي ﷺ ولم تكن مشقوقة الأذن. انظر: مختار الصحاح (ص ٢٦٢).

(٣) في المخطوط: «ذكرها».

(٤) في المطبوع: «ذلك».

(٥) في المخطوط: «يجزئه».

وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُختَصَرَ الطّحاويِّ قوله مع قولِ أبي يوسُفَ.

وَجهُ قولِ أبي يوسُف: وهو إحدى الرِّواياتِ عن أبي حنيفةَ أنّ القليلَ والكثيرَ من الأسماءِ الإضافيّةِ فما كان مُضافُه [١] أقلّ منه يكونُ كثيرًا، وما كان أكثَرَ منه يكونُ قليلاً إلاّ أنّه قد قال بعَدَمِ الجوازِ إذا كانا سَواءً احتياطًا لاجتماعِ جِهةِ الجوازِ وعَدَمِ الجوازِ إلاّ أنّه يعتَبرُ بقاءَ الأكثَرِ للجَوازِ ولم يوجدْ.

ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه نَهَى عن العضْباءِ [٢] قال سَعيدُ بنُ المُسَيِّب: العضْباءُ: التي ذَهَبَ أكثَرُ أُذُنِها، فقد اعتبَرَ النّبيُّ عليه الصلاة والسلام الأكثَرَ [٣].

وأمّا وجه رِوايةِ اعتِبارِ الرُّبُعِ كثيرًا: فلأنّه يَلْحقُ بالكثيرِ في كثيرٍ من المواضِعِ كما في مسحِ الرّأسِ والحلْقِ في حقِّ المُحْرِمِ ففي موضِعِ الاحتياطِ أولى.

وأمّا وجه رِوايةِ اعتِبارِ الثُّلُثِ كثيرًا: فلِقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام في باب الوصيّةِ: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كثيرٌ» [٤]، (جعل) [٥] عليه الصلاة والسلام الثُّلُثَ كثيرًا مُطْلَقًا.

وأمّا وجه رِوايةِ اعتِبارِه قَليلاً فاعتِبارُه بالوصيّةِ؛ لأنّ الشّرعَ جَوّزَ الوصيّةَ بالثُّلُثِ ولم يُجوِّزْ بما زادَ على الثُّلُثِ فدَلّ أنّه إذا لم يَزِدْ على الثُّلُثِ لا يكونُ كثيرًا.

وأمّا الهَتْماءُ وهي التي لا أسنانَ لها فإنْ كانت تَرْعَى وتعتَلِفُ جازَتْ وإلاّ فلا.

وذَكَرَ في المُنْتَقى عن أبي حنيفةَ - رحمه الله - أنّه إنْ كان لا يمْنَعُها عن الاعتِلافِ تُجْزيه وإنْ كان يمْنَعُها عن الاعتِلافِ إلاّ أنْ يصُبّ في جَوْفِها صَبًّا لم تُجْزِه.

---

(١) في المخطوط: «متضايفه».
(٢) لم أقف عليه.
(٣) زاد في المخطوط: «ولأبي حنيفة».
(٤) أخرجه البخاري، كتاب: النفقات، باب: فضل النفقة على الأهل، برقم (٥٣٥٤)، ومسلم، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، برقم (١٦٢٨)، وأبو داود كتاب: الوصايان باب: ما جاء في ما لا يجوز للموصي فيماله، برقم (٢٨٦٤)، والترمذي برقم (٢١١٦)، والنسائي برقم (٣٦٢٧)، وابن ماجه برقم (٢٧٠٨)، وأحمد برقم (١٤٩١)، ومالك برقم (١٤٩٥)، والدارمي برقم (٣١٩٦)، وابن خزيمة (٤/ ٦١) برقم (٢٣٥٥)، وابن حبان (١٠/ ٦١) برقم (٤٢٤٩)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٦٨) برقم (١٢٣٤٥)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٣٣) برقم (١١٤٧)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٧) برقم (١٩٤)، والحميدي في مسنده (١/ ٣٦) برقم (٦٦)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٧٥) برقم (١٣٣) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.
(٥) في المخطوط: «اعتبر».

وقال أبو يوسُفَ في قولٍ لا تُجْزِي سَواءٌ اعتَلَفَتْ أو لم تعتَلِفْ، وفي قولٍ: إنْ ذَهَبَ أكثَرُ أسنانِها لا تُجْزي كما قال في الأُذُنِ والأليةِ والذَّنَب، وفي قولٍ: إنْ بقيَ من أسنانِها قدرُ ما تعتَلِفُ تُجزي وإلاّ فلا.

وتجوزُ الثَّولاءُ وهي المجنونةُ إلاّ إذا كان ذلك يمنَعُها عن الرَّعْيِ والاعتِلافِ فلا تجوزُ لأنّه يُفْضي إلى هَلاكِها فكان عَيبًا فاحِشًا.

وتجوزُ الجرباءُ إذا كانت سَمينةً فإنْ كانت مهْزولةً لا تجوزُ.

وتُجْزي الجمّاءُ وهي التي لا قَرْنَ لها خِلْقةً، وكذا مكسورةُ القرنِ تُجزي لما رُوِيَ أنّ سَيِّدَنا عليًّا رضي الله عنه سُئِل عن القرنِ فقال: لا يَضُرُّكَ أمرنا رسولُ الله ﷺ أنْ نَسْتَشْرِفَ العينَ والأُذنَ [١].

ورُوِيَ: أنّ رجلاً من هَمَذانَ جاءَ إلى سيِّدِنا عليٍّ رضي الله عنه فقال: يا أميرَ المُؤمنينَ البقَرةُ عن كم؟ قال: عن سَبْعةٍ ثُمّ قال: مَكسورةُ القرنِ؟ قال: لا ضَيْرَ ثُمّ قال: عَرجاءُ؟ فقال: إذا بلَغَتِ المنسَكَ، ثُمّ قال سيِّدُنا عليٌّ كرّمَ اللهُ وجهَه: أمرنا رسولُ الله ﷺ أنْ نَسْتَشْرِفَ العينَ والأُذُنَ، فإنْ بلَغَ الكسْرُ المُشاشَ لا تجزيه [٢]، والمُشاشُ: رُءوسُ العِظامِ مثلُ الرُّكبتَيْنِ والمِرْفقَيْنِ.

وتُجْزي الشَّرقاءُ وهي مشقوقةُ الأُذُنِ طولاً.

وما رُوِيَ أنّ رسولَ الله ﷺ نَهى أنْ يُضَحّى بالشَّرْقاءِ والخرْقاءِ والمُقابَلةِ والمُدابَرةِ [٣]، فالخرْقاءُ هي مشقوقةُ الأُذُنِ والمُقابَلةُ هي التي يُقْطَعُ من مقدَمِ أُذُنِها شيءٌ ولا يُبانُ بل يُتْرَكُ مُعلّقًا والمُدابَرةُ أنْ يُفْعَلَ ذلك بمُؤَخَّرِ الأُذُنِ من الشّاةِ، فالنَّهيُ في الشّرقاءِ والمُقابَلةِ والمُدابَرةِ محمولٌ على النَّدْبِ، وفي الخرْقاءِ على الكثيرِ، على اختلافِ الأقاويلِ في حدِّ الكثيرِ على ما بيّنّا ولا بأسَ بما فيه سِمَةٌ في أُذُنِه؛ لأنّ ذلك لا يُعدُّ عيبًا في الشّاةِ، ولأنّه عيبٌ يسيرٌ أو لأنّ السِّمةَ لا يخلو عنها الحيوانُ ولا يُمْكِنُ التَّحرُّزُ عنها.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، باب: ما يكره من الضحايا، برقم (٢٨٠٤)، والترمذي، (١٤٩٨)، والنسائي، (٤٣٧٢)، وانظر ضعيف سنن أبي داود.
(٣) انظر ما قبله.

ولو اشترى رجلٌ أُضْحيةً وهي سَمينةٌ، فعَجِفَتْ عندَه حتى صارتْ بحيثُ لو اشتراها على (هذه الحالةِ)(١) لم تُجزِه إنْ كانَ موسِرًا، وإنْ كانَ مُعْسِرًا أجزأتْه؛ لأنَّ الموسِرَ تجِبُ عليه الأُضْحيةُ في ذِمّتِه، وإنّما أقامَ ما (اشترى لها)(٢) مقامَ ما في الذِّمّةِ، فإذا نقَصَتْ لا تصلُحُ أنْ تُقامَ مقامَ ما في الذِّمّةِ فبقِيَ ما في ذِمّتِه بحالِه.

وأمّا الفقيرُ: فلا أُضْحيةَ في ذِمّتِه فإذا اشتراها للأُضْحيةِ فقد تعيّنتِ الشّاةُ المُشتَراةُ للقُربةِ فكان نُقْصانُها كهَلاكِها حتّى لو كان الفقيرُ أوجَبَ على نفسِه أُضْحيةً لا تجوزُ(٣) هذه؛ لأنّها لو جبَتْ عليه بإيجابِه فصار كالغنيِّ الذي تجِبُ عليه بإيجابِ اللهِ -عزّ شأنُه-.

ولو اشترى أُضْحيةً وهي صَحيحةٌ ثُمّ اعورّتْ عندَه وهو موسِرٌ أو قُطِعَتْ أُذُنُها كلُّها أو أليتُها أو ذنَبُها أو انكسرَتْ رِجلُها فلم تستطِعْ أنْ تمشيَ لا تُجزِي عنه، وعليه مكانَها أُخرى؛ لما بيّنّا بخلافِ الفقيرِ.

وكذلك إنْ ماتتْ عندَه أو سُرِقَتْ، ولو قدّمَ أُضْحيةً ليذبَحَها فاضطربَتْ في المكانِ الذي يذبَحُها فيه فانكسرَتْ رِجلُها ثم ذبحَها على مكانِها أجزأه، وكذلك إذا انقلبَتْ منه الشّفْرةُ فأصابتْ عينَها فذهبَتْ والقياسُ أنْ لا يجوزَ.

وجهُ القياسِ: أنّ هذا عيبٌ دخَلَها قبلَ تعيينِ القُربةِ فيها فصار كما لو كان قبلَ حالِ الذّبحِ.

وجهُ الاستحسانِ: أنّ هذا مِمّا لا يُمْكِنُ الاحترازُ عنه؛ لأنّ الشّاةَ تضطرِبُ فتلحَقُها(٤) العيوبُ من اضطرابِها.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه قال: لو عالجَ أُضْحيةً ليذبَحَها فكسِرَتْ أو [١/ ٢٩٧] اعورّتْ فذبَحَها ذلك اليومَ أو من الغدِ فإنّها تُجْزِي [عنه](٥)؛ لأنّ ذلك النُّقْصانَ لَمّا لم يُعْتَدَّ به في الحالِ لو ذبَحَها فكذا في الثّاني كالنُّقْصانِ اليسيرِ، واللهُ -عزّ شأنُه- أعلمُ.

والثّاني: ملكُ المَحلِّ؛ وهو أنْ يكونَ المُضحَّى ملكَ مَنْ عليه الأُضْحيةُ، فإنْ لم يكُنْ لا تجوزُ؛ لأنّ التّضحيةَ قُربةٌ ولا قُربةَ في الذّبحِ بملكِ الغيرِ بغيرِ إذنِه، وعلى هذا يُخرَّجُ ما إذا

---

(١) في المخطوط: «هذا الحال». (٢) في المخطوط: «يشتري».
(٣) في المخطوط: «لا تجزئ». (٤) في المخطوط: «فيلحقه».
(٥) زيادة من المخطوط.

اغْتَصَبَ شاةَ إنسانٍ، فضَحّى بها عن نفسِه أنّه لا تُجْزيه لعَدَمِ الملكِ ولا عن صاحِبها لعَدَمِ الإذنِ، ثُمّ إنْ أخذها صاحِبُها مَذْبوحةً وضَمّنَه النُّقْصانَ، فكذلك لا تجوزُ (عن الأضحية عنهما) [١]، وعلى كُلِّ واحدٍ منهما أنْ يُضَحّيَ بأُخرى لما قُلْنا، وإنْ ضَمّنَه صاحِبُها قيمَتَها حَيّةً فإنّها تُجْزي عن الذّابحِ لأنّه مَلَكَها بالضّمانِ من وقتِ الغصْب بطريقِ الظُّهورِ والاستِنادِ فصار ذابحًا شاةً هي ملكُه فتُجْزيه لكنّه يأثَمُ؛ لأنّ ابتِداءَ فعلِه وقَعَ محظورًا فتَلْزَمُه التّوْبةُ والاستِغْفارُ، وهذا قولُ أصحابنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ: لا تُجْزي عن الذّابحِ أيضًا، بناءً على أنّ المضْموناتِ (تُمْلَكُ بالضّمانِ) [٢] عندَنا، وعندَ زُفَرَ لا تُمْلَكُ، وبه أخذ الشّافعيُّ وأصلُ المسألةِ في كِتاب الغصْب، وكذلك إذا اغْتَصَبَ شاةَ إنسانٍ كان اشتَراها للأُضْحيّةِ فضَحّاها عن نفسِه بغيرِ أمرِه لما قُلْنا وكذلك الجوابُ في الشّاةِ المُسْتَحقّةِ بأنِ اشترى شاةً ليُضَحّيَ بها فضَحّى بها ثُمّ استَحقّها رجلٌ بالبيِّنةِ أنّه إنْ أخذها المُسْتَحِقُّ مَذْبوحةً لا تُجْزي عن واحدٍ منهما، وعلى كُلِّ واحدٍ منهما أنْ يُضَحّيَ بشاةٍ أُخرى ما دامَ في أيّامِ النّحْرِ، وإنْ مَضَتْ أيّامُ النّحْرِ فعلى الذّابحِ أنْ يتصَدّقَ بقيمةِ شاةٍ وسَطٍ ولا يَلْزَمُه التّصَدُّقُ بقيمةِ تلك الشّاةِ المُشْتَراةِ؛ لأنّه بالاستِحْقاقِ تَبيّنَ أنّ شراءَه إيّاها للأُضْحيّةِ [والعدَمَ بمنزلةٍ، بخلافِ ما إذا اشترى شاةً للأُضْحيّةِ ثُمّ باعَها حيثُ يَلْزَمُه التّصَدُّقُ بقيمَتِها لأنّ شراءَه إيّاها للأُضْحيّةِ] [٣] قد صَحّ لوجودِ الملكِ فيجبُ عليه التّصَدُّقُ بقيمَتِها، وإنْ تركها عليه وضَمّنَه قيمَتَها جاز الذّبْحُ [٤] عندَنا كما في الغصْب.

ولو أودَعَ رجلٌ رجلاً شاةً يُضَحّي بها المُسْتَوْدَعُ عن نفسِه يومَ النّحْرِ فاختارَ صاحِبُها القيمةَ ورَضِيَ بها فأخذها فإنّها لا تُجْزي المُسْتَوْدَعَ من أُضْحيّتِه، بخلافِ الشّاةِ المغْصوبةِ والمُسْتَحقّةِ.

ووَجْه الفرقِ: أنّ سببَ وجوب الضّمانِ ههنا هو الذّبْحُ والملكُ ثَبَتَ بعدَ تَمامِ السّبَب - وهو الذّبْحُ - فكان الذّبْحُ مُصادِفًا ملكَ غيرِه فلا يُجْزيه، بخلافِ الغاصِب فإنّه كان ضامِنًا قبل الذّبْحِ لوجودِ سبب وجوب الضّمانِ وهو الغصْبُ [السّابقُ، فعندَ اختيارِ الضّمانِ أو

(١) في المطبوع: «عن التّضْحيةِ».
(٢) في المخطوط: «بملك الضمان».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «عن الذابح».

أدائه يَثْبُتُ الملكُ له من وقتِ السَّبَب وهو الغصْبُ] (١) فالذّبْحُ صادَفَ ملكَ نفسِه فجاز.

وكُلُّ جَوابٍ عَرَفْتَه في الوديعةِ فهو الجوابُ في العاريَةُ والإجارةِ بأنِ استَعارَ ناقةً أو ثَوْرًا أو بَعيرًا أو استأجَرَه، فضَحّى به أنّه لا يُجْزيه عن الأُضْحيّةَ، سَواءٌ أخذها المالِكُ أو ضَمّنَه القيمةَ؛ لأنّها أمانةٌ في يَدِه وإنّما يَضْمَنُها بالذّبْحِ فصار كالوديعةِ.

ولو كان مرهونًا يَنْبَغي أنْ (٢) يجوزَ لأنّه يصيرُ ملكًا له من وقتِ القبْضِ كما في الغصْب بل أولى.

ومن المشايخِ مَنْ فصّلَ في الرّهْنِ تَفْصيلاً لا بَأسَ به فقال: إنْ كان قدرُ الرّهْنِ مثلَ الدّيْنِ أو أقَلّ منه يجوزُ، فأمّا إذا كانت قيمَتُه أكثرَ من الدّيْنِ فيَنْبَغي أنْ لا يجوزَ لأنّه إذا كان كذلك كان بعضُه مَضْمونًا وبعضُه أمانةً، ففي قدرِ الأمانةِ إنّما يَضْمَنُه بالذّبْحِ فيكونُ بمنزلةِ الوديعةِ.

ولو اشترى شاةً بيعًا فاسِدًا فقبَضَها فضَحّى بها جاز؛ لأنّه يملِكُها بالقبْضِ وللبائعِ أنْ يُضَمِّنَه قيمَتَها حَيّةً إنْ شاء، وإنْ شاء أخذها مَذْبوحةً لأنّ الذّبْحَ لا يُبْطِلُ حقّه في الاستِرْدادِ؛ فإنْ ضَمّنَه قيمَتَها حَيّةً فلا شيءَ على المُضَحّي (٣)، وإنْ أخذها مَذْبوحةً فعلى المُضَحّي أنْ يتصَدّقَ بقيمَتِها مَذْبوحةً لأنّه بالرّدِّ أسقَطَ الضّمانَ عن نفسِه فصار كأنّه باعَها بمِقْدارِ القيمةِ التي وجَبَتْ عليه.

وكذلك لو وُهِبَ له شاةٌ هِبةً فاسِدةً فضَحّى بها فالواهبُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمّنَه قيمَتَها حَيّةً وتجوزُ الأُضْحيّةُ ويأكلُ منها وإنْ شاء استَرَدّها واستَرَدّ قيمةَ النُّقْصانِ ويَضْمَنُ الموهوبُ له قيمَتَها فيتصَدّقُ بها إذا كان بعدَ مُضيِّ وقتِ الأُضْحيّة.

وكذلك المريضُ مَرَضَ الموتِ لو وُهِبَ شاةً من رجلٍ في مَرَضِه وعليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فضَحّى بها الموهوبُ له فالغرَماءُ بالخيارِ إنْ شاءوا استَرَدّوا عَيْنَها وعليه أنْ يتصَدّقَ بقيمَتِها وإنْ شاءوا ضَمّنوه قيمَتَها فتجوزُ الأُضْحيّةُ؛ لأنّ الشّاةَ كانت مَضْمونةً عليه فإذا رَدّها فقد أسقَطَ الضّمانَ عن نفسِه كما قُلْنا في البيعِ الفاسِدِ.

ولو اشترى شاةً بثَوْبٍ فضَحّى بها المُشْتَري ثُمّ وجَدَ البائعُ بالثّوب عَيْبًا فردّه (فهو بالخيارِ) (٤) إنْ شاء ضَمّنَه قيمةَ الشّاةِ ولا يتصَدّقُ المُضَحّي، ويجوزُ له الأكلُ وإنْ شاء

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زاد في المخطوط: «لا».
(٣) زاد في المخطوط: «ذلك».
(٤) في المخطوط: «فله الخيار».

استرَدّها ناقِصةً مَذْبوحةً ، فبعدَ ذلكَ يُنْظَرُ إنْ كانت قيمةُ الثوبِ أكثرَ يتصدّقُ بالثوبِ كأنّه باعَها بالثّوبِ ، وإنْ كانت قيمةُ الشّاةِ أكثرَ يتصدّقُ بقيمةِ الشّاةِ لأنّ الشّاةَ كانت مَضْمونةً عليه فيَرُدُّ ما أسقَطَ [١/ ٢٩٧ ب] الضّمانَ عن نفسِه كأنّه باعَها بثَمَنٍ ذلكَ القدرِ من قيمتِها فيتصدّقُ بقيمتِها .

ولو وجَدَ بالشّاةِ عَيْبًا ، فالبائعُ بالخيارِ إنْ شاء قبِلَها وردّ الثّمنَ ويتصدّقُ المُشْتري بالثّمنِ إلاّ حِصّةَ النُّقْصانِ لأنّه لم يوجِبْ حِصّةَ النُّقْصانِ على نفسِه ، وإنْ شاء لم يقبل وردّ حِصّةَ العيبِ ولا يتصدّقُ المُشْتَري بها ؛ لأنّ ذلكَ النُّقْصانَ لم يدخل في القُرْبةِ وإنّما دخلَ في القُرْبةِ ما ذُبحَ وقد ذُبحَ ناقِصًا إلاّ في جَزاءِ الصّيْدِ فإنّه يُنْظَرُ إنْ لم يكنْ مع هذا العيبِ عَدْلاً للصّيْدِ فعليهِ أنْ يتصدّقَ بالفضْلِ لما نَذْكُرُ .

ولو وُهِبَ لرجلٍ شاةٌ فضَحّى بها الموهوبُ له أجزأتْه عن الأُضْحيةِ ؛ لأنّه ملَكَها بالهِبةِ والقبْضِ فصارَ كما لو مَلَكَها بالشّراءِ .

فلو أنّه ضَحّى بها ثُمّ أرادَ الواهِبُ أنْ يرجِعَ له أجزأتْه عن الأُضْحيةِ لأنّه مَلَكَها بالهِبةِ والقبْضِ فصار كما لو مَلَكَها بالشّراءِ فلو أنّه ضَحّى بها ثُمّ أرادَ الواهِبُ أنْ يرجِعَ في هِبَتِه فعندَ أبي يوسُفَ رحمه الله ليس له ذلك بناءً على أنّ الأُضْحيةَ بمنزلةِ الوَقْفِ عندَه فإذا ذَبحَها الموهوبُ له عن أُضْحيتِه أو أوجَبَها أُضْحيةً لا يملِكُ الرُّجوعَ فيها ؛ كما لو أعتقَ الموهوبُ له العبدَ أنّه ينْقطِعُ حقُّ الواهبِ عن الرُّجوعِ ، كذا هَهنا .

وعندَ محمّدٍ - عليه الرّحمةُ - له ذلكَ ؛ لأنّ الذّبحَ نُقْصانٌ والنُّقْصانُ لا يمنَعُ الرُّجوعَ ، ولا يجِبُ على المُضَحّي أنْ يتصدّقَ بشيءٍ ؛ لأنّ الشّاةَ لم تكُنْ مَضْمونةً عليه فصار في الحُكْمِ بمنزلةِ ابتداءِ الهِبةِ ، ولو وهَبَها أو استهْلَكَها لا شيءَ عليه كذا هذا .

فلو كان هذا في جزاءِ الصّيْدِ أو في كفّارةِ الحلْقِ أو في موضِعٍ يجِبُ عليه التّصدُّقُ باللّحمِ فإذا رَجَعَ الواهبُ في الهِبةِ فعليه أنْ يتصدّقَ بقيمتِها ؛ لأنّ التّصدُّقَ واجِبٌ عليه فصار كمن إذا استهْلَكَها ولأنّه ذبَحَ شاةً لغيرِه حقُّ الرُّجوعِ فيها ، فصار كأنّه هو الذي دفَعَ إليه ، والرُّجوعُ في الهِبةِ بقضاءٍ وبغيرِ قضاءٍ سَواءٌ في هذا الفصْلِ يفْترِقُ الجوابُ بين ما يجبُ صَدَقةً وبين ما لا يجبُ وفي الفصلِ الأوّلِ يسْتوي الجوابُ بينهما .

ولو وهَبَ المريضُ مَرَضَ الموتِ [شاةً] [(١)] لإنسانٍ وقَبَضَها الموهوبُ له فضَحّاها ثُمّ ماتَ الواهبُ من مَرَضِه ذلك ولا مالَ له غيرَها فالورَثةُ بالخيارِ إنْ شاءوا ضَمّنوا الموهوبَ له ثُلُثَيْ قيمَتِها حيّةً وإنْ شاءوا أخَذوا ثُلُثَيْها مَذْبوحةً فإنْ ضَمّنوه ثُلُثَيْ قيمَتِها حيّةً فلا شيءَ على الموهوب له؛ لأنّها لو كانت مَغْصوبةً فضُمِّنَ قيمَتَها لا شيءَ عليه غيرَ ذلك فهذه أولى، وإنْ أخَذوا ثُلُثَيْها اختلف المشايخُ فيه.

قال بعضهم: القياسُ أنْ يتصَدّقَ بثُلُثَيْ قيمَتِها حيّةً؛ لأنّ الموهوبَ له قد ضَمِنَ ثُلُثَيْ قيمَتِها حيّةً ثُمّ (سَقَطَ عنه ثُلُثُ) [(٢)] قيمَتِها حيّةً يأخُذُ الورَثةُ منه ثُلُثَيِ الشّاةِ مَذْبوحةً فصار كأنّه باعَها بذلك وقضَى دَيْنًا عليه بثُلُثَيِ الشّاةِ فعليه أنْ يتصَدّقَ بذلك القدرِ.

وقال بعضهم: لا شيءَ عليه إلاّ ثُلُثَيْ قيمَتِها مَذْبوحةً؛ لأنّ الورَثةَ لَمّا أخَذوا ثُلُثَيْها مَذْبوحةً فقد أبْرَءوا الموهوبَ له مِن فضْلِ ما بين ثُلُثَيْ قيمَتِها حيّةً إلى ثُلُثَيْ قيمَتِها مَذْبوحةً فلا يجبُ على الموهوبِ له إلاّ ثُلُثا قيمَتِها مَذْبوحةً.

وهكذا ذَكَرَ في نَوادِرِ الضّحايا عن محمّدٍ - عليه الرّحمةُ - في هذه المسألةِ أنّ الورَثةَ بالخيارِ إنْ شاءوا ضَمِنوا ثُلُثَيْ قيمةِ الشّاةِ وسَلّموا له لَحمَها وإنْ شاءوا أخَذوا ثُلُثَيْ لَحمِها وكانوا شُركاءَه فيها، فإنْ ضَمِنوا ثُلُثَي القيمةِ أجزَأتْ عنه الأُضْحيّةُ وإنْ شاركوه فيها وأخَذوا ثُلُثَيْ لَحمِها فعليه أنْ يتصَدّقَ بثُلُثَيْ قيمَتِها مَذْبوحةً وقد أجزَأتْ عنه مِن قِبَلِ أنّه ذَبَحها وهو يملِكُها والله - عزّ شأنُه - أعلَمُ.

فصلٌ [في بيان ما يستحب قبل الأضحية وعندها وبعدها وما يكره]

وأمّا بيانُ ما يُسْتَحَبُّ قبلَ التّضْحيةِ وعندَها وبعدَها وما يُكرَه.

اما الذي هو قبل التضحية: فيُسْتَحَبُّ أنْ يَرْبِطَ الأُضْحيّةَ قبلَ أيّامِ النّحْرِ بأيّامٍ لما فيه من الاستعدادِ للقُرْبةِ وإظهارِ الرّغْبةِ فيها فيكونُ له فيه أجرٌ وثَوابٌ وأنْ يُقَلِّدَها ويُجَلِّلَها اعتِبارًا بالهَدايا، والجامِعُ أنّ ذلك يُشْعِرُ بتعظيمِها قال الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى ٱلْقُلُوبِ﴾ [الحج:٣٢] وأنْ يَسوقَها إلى المنسَكِ سَوْقًا جميلاً لا عَنيفًا وأنْ لا يَجُرّ برِجْلِها إلى المذبَحِ كما ذَكَرْنا في كِتابِ الذّبائحِ.

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «سقطت عنه ثلثا».

وَلو اشترى شاةً للأُضْحيّةِ فيُكرَه أنْ يَحْلُبَها أو يَجُزّ صوفَها فيَنْتَفِعَ به لأنّه عيّنَها للقُرْبةِ فلا يَحِلُّ له الانتِفاعُ بجزءٍ من أجزائها قبل إقامةِ القُرْبةِ فيها، كما لا يَحِلُّ له الانتِفاعُ بلَحمِها [١] إذا ذَبَحَها قبل وقتِها ولأنّ الحلْبَ والجزّ يوجِبُ نَقْصًا فيها وهو مَمْنوعٌ عن إدْخالِ النّقْصِ في الأُضْحيّةَ.

ومن المشايخِ مَنْ قال: هذا في الشّاةِ المنذورِ بها بعَيْنِها من المُعْسِرِ أو الموسِرِ أو الشّاةِ المُشْتَراةِ للأُضْحيّةِ من المُعْسِرِ.

فأمّا المُشْتَراةُ من الموسِرِ للأُضْحيّةِ فلا بَأسَ أنْ يَحْلُبَها ويَجُزّ صوفَها؛ لأنّ في الأوّلِ تَعيّنَتِ الشّاةُ لوجوب التّضْحيةِ بها بدَليلِ أنّه لا تَقومُ التّضْحيةُ بغيرِها مقامَها وإذا تَعيّنَتْ لوجوب التّضْحيةِ بها بتعيينِه لا يجوزُ له الرُّجوعُ في جزءٍ منها.

وفي الثّاني: لم تَتَعَيّنْ [١/ ٢٩٨ أ] للوجوب، بَلِ الواجِبُ في ذِمّتِه، وإنّما يَسْقُطُ بها ما في ذِمّتِه بدَليلِ أنّ غيرَها يقومُ مقامَها فكانت جائزةَ الذّبْحِ لا واجِبةَ الذّبْحِ.

والجوابُ على نحوِ ما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ أنّ المُشْتَراةَ للأُضْحيّةِ مُتَعَيّنةٌ للقُرْبةِ إلى أنْ يُقامَ غيرُها مقامَها فلا يَحِلُّ الانتِفاعُ بها ما دامَتْ مُتَعَيّنةٌ، ولهذا لا يَحِلُّ له لَحمُها إذا ذَبَحَها قبل وقتِها.

فإنْ كان في ضَرْعِها لبنٌ - وهو يَخافُ عليها إنْ لم يَحْلُبْها - نَضَحَ ضَرْعَها بالماءِ البارِدِ حتّى يتقلّصَ اللّبَنُ لأنّه لا سبيلَ إلى الحلْبِ ولا وجهَ لإبْقائها كذلك لأنّه يَخافُ عليها الهَلاكَ فيتضَرّرُ به، فتَعَيّنَ نَضْحُ الضّرْعِ بالماءِ البارِدِ ليَنْقَطِعَ اللّبَنُ فيَنْدَفِعَ الضّرَرُ، فإنْ حَلَبَ تَصَدّقَ باللّبَنِ؛ لأنّه جزءٌ من شاةٍ مُتَعَيّنةٍ للقُرْبةِ ما أُقيمَتْ فيها القُرْبةُ فكان الواجِبُ هو التّصَدُّقُ به، كما لو ذُبِحَتْ قبل الوقتِ (فعليه أنْ) [٢] يتصَدّقَ بمثلِه؛ لأنّه من ذَواتِ الأمثالِ، وإنْ تَصَدّقَ بقيمَتِه جاز؛ لأنّ القيمةَ تَقومُ مقامَ العيْنِ.

وكذلك الجوابُ في الصّوفِ والشّعْرِ والوبَرِ، ويُكرَه له بيعُها لما قُلْنا، ولو باعَ جاز في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ - عليهما الرّحمةُ - لأنّه بيعُ مالٍ مَمْلوكٍ مُنْتَفَعٍ به مقدورِ التّسْليمِ وغيرُ ذلك من الشّرائطِ فيجوزُ.

وعندَ أبي يوسُفَ رحمه الله لا يجوزُ؛ لما رُوِيَ عنه أنّه بمنزلةِ الوقفِ ولا يجوزُ بيعُ

(١) في المخطوط: «بها».
(٢) في المخطوط: «وأن».

الوقفِ، ثُمّ إذا جاز بيعُها على أصلِهما فعليه مَكانها مثلُها أو أرفَعُ منها فيُضَحّي بها، فإنْ فعَلَ ذلك فليس عليه شيءٌ آخرُ.

وإنِ اشترى دونَها فعليه أنْ يتصَدّقَ بفَضْلِ ما بين القيمَتَيْنِ ولا يَنْظُرُ إلى الثّمَنِ وإنّما يَنْظُرُ إلى القيمةِ، حتّى لو باعَ الأولى بأقَلّ من قيمَتِها واشترى الثّانيةَ بأكثَرَ من قيمَتِها وثَمَنُ الثّانيةِ أكثَرُ من ثَمَنِ الأولى يجبُ عليه أنْ يتصَدّقَ بفَضْلِ قيمةِ الأولى، فإنْ ولدَتِ الأُضْحيّةُ ولدًا يُذْبَحُ ولدُها مع الأمِّ كذا ذَكَرَ في الأصلِ.

وقال أيضا: وإنْ باعَه يتصدّقْ بثَمَنِه؛ لأنّ الأمّ تَعَيّنَتْ للأُضْحيّةِ، والولدُ يَحْدُثُ على وصفِ الأُمِّ في الصّفاتِ الشّرعيّةِ فيَسْري إلى الولدِ كالرِّقّ والحُرّيّةِ.

ومن المشايخِ مَنْ قال: هذا في الأُضْحيّة الموجَبةِ بالنّذْرِ أو ما هو في معنى النذر كالفقيرِ إذا اشترى شاةً للأُضْحيّةِ، فأمّا الموسِرُ إذا اشترى شاةً للأُضْحيّةِ (فولَدَتْ لا) [١] يَتْبَعُها ولدُها؛ لأنّ في الأوّلِ: تَعَيّنَ الوجوبُ [فيها] [٢] فيَسْري إلى الولدِ، وفي الثّاني: لم يتعَيّنْ لأنّه لا تجوزُ التّضْحيةُ بغيرِها فكذا ولدُها.

وذَكَرَ القُدوريُّ رحمه الله وقال: كان أصحابُنا يقولونَ: يجبُ ذَبْحُ الولدِ، ولو تَصَدّقَ به جاز؛ [لأنّ الحقّ لم يَسْرِ إليه، ولكنّه مُتَعَلِّقٌ به فكان كجِلالِها وخِطامِها فإنْ ذَبَحه تَصَدّقَ بقيمَتِه وإنْ باعَه تَصَدّقَ بثَمَنِه، ولا يَبيعُه ولا يأكلُه] [٣]، وقال بعضُهم: لا يَنْبَغي له أنْ يَذْبَحَه، وقال بعضُهم: [فالصحيح][٤] أنّه بالخيارِ إنْ شاء ذَبَحَه أيّامَ النّحْرِ وأكل منه كالأمِّ وإنْ شاء تَصَدّقَ به، فإنْ أمسَكَ الولدَ حتّى مَضَتْ أيّامُ النّحْرِ تَصَدّقَ به؛ لأنّه فاتَ ذَبْحُه فصار كالشّاةِ المنذورةِ.

وذَكَرَ في المُنتَقى: إذا وضَعَتِ الأُضْحيّةُ فذَبَحَ الولدَ يومَ النّحْرِ قبل [ذبح] [٥] الأمِّ أجزأه، فإنْ تَصَدّقَ به يومَ الأضحى قبل أنْ يعلَمَ فعليه أنْ يتصدّقَ بقيمَتِه.

قال القُدوريُّ رحمه الله: وهذا على أصلِ محمّدٍ - عليه الرّحمةُ - أنّ الصّغارَ تدخلُ في الهَدايا ويجبُ ذَبْحُها، ولو ولدَتِ الأُضْحيّةُ تَعَلّقَ بولَدِها من الحُكمِ ما يتعلّقُ بها فصار كما

---

(١) في المخطوط: «لم».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زاد من المخطوط.
(٥) زيادة من المخطوط.

لو فاتَ بمُضيِّ الأيّامِ، وَيُكرَه له رُكوبُ الأُضْحيّةَ واستعمالُها والحمْلُ عليها، فإنْ فعَلَ فلا شيءَ عليه إلاّ أنْ يكونَ نَقَصَها ذلك (فعليه أنْ يتصدّقَ) [١] بنُقْصانِها.

ولو آجَرَها صاحِبُها ليُحمَلَ عليها، قال بعضُ المشايخِ: يَنْبغي أنْ يَغْرَمَ ما نَقَصَها الحمْلُ فإنّه ذَكَرَ في المُنْتَقَى في رجلٍ أهدَى ناقةً ثُمّ آجَرَها ثُمّ حَمَلَ عليها فإنّ صاحِبَها يَغْرَمُ ما نَقَصَها ذلك ويتصدّقُ بالكِراءِ كذا ههنا.

وأمّا الذي هو في حالِ التّضحيةِ: فبعضُها يرجعُ إلى نفسِ التّضْحيةِ وبعضُها يرجعُ إلى مَنْ عليه التّضْحيةُ وبعضُها يرجعُ إلى الأُضْحيّةَ وبعضُها يرجعُ إلى وقتِ التّضْحيةِ وبعضُها يرجعُ إلى آلةِ التّضْحيةِ.

أمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ التّضحيةِ: فما ذَكَرْنا في كِتابِ الذّبائحِ وهو أنّ المُسْتَحبّ هو الذّبحُ في الشّاةِ والبقَرِ والنّحْرُ في الإبلِ ويُكْرَه القلْبُ من ذلك وقَطْعُ العُروقِ الأربعةِ [كُلِّها] [٢] والتّذْفيفُ في ذلك، وأنْ يكونَ الذّبحُ من الحُلْقومِ لا من القفا.

وأمّا الذي يرجعُ إلى مَنْ عليه التّضحيةُ: فالأفْضَلُ أنْ يَذْبَحَ بنفسِه إنْ قَدَرَ عليه لأنّه قُرْبةٌ فمُباشَرتُها بنفسِه أفْضَلُ من تَوْليَتِها غيرَه كسائرِ القُرُباتِ.

والدّليلُ عليه ما رُوِيَ: أنّ رسولَ اللّه ﷺ ساق مائةَ بَدَنةٍ فنَحَرَ منها نَيِّفًا وسِتّينَ بيَدِه الشّريفَةِ عليه الصّلاة والسّلام ثُمّ أعطَى المُدْيةَ [٣] سيّدنا عَليًا رضي اللّه عنه فنَحَرَ الباقِينَ [٤]، وهذا إذا كانَ الرّجُلُ يُحْسِنُ الذّبحَ ويقدِرُ عليه، فأمّا إذا لم يُحْسِنْ فتَوْليَتُه غيرَه فيه أولى.

---

(١) في المخطوط: «فيتصدق». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «الحربة».

(٤) أخرجه البخاري، كتاب: الحج، باب: يتصدق بجلال البدن برقم (١٧١٨)، ومسلم: كتاب: الحج، باب: في الصدقة بلحوم الهدي وجلودها وجلالها، برقم (١٣١٧)، وأبو داود كتاب: المناسك، باب: كيف تنحر البدن، برقم (١٧٦٩)، وابن ماجه برقم (٣٠٩٩)، وأحمد برقم (١٣٢٧)، والدارمي برقم (١٩٤٠)، وابن خزيمة (٤/ ٢٩٥) برقم (٢٩٢٠)، وابن حبان (٩/ ٣٣٠) برقم (٤٠٢٢)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٤١) برقم (١٠٠٢٢)، والحميدي في مسنده (١/ ٢٤) برقم (٤٢)، وأبو يعلى في مسنده (١/ ٢٥٥) برقم (٢٩٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٢١٧) برقم (١٣٥٩٢) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

وقد رُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه قال: نَحرتُ بَدَنةً قائمةً معقولةً فلم أشُقّ عليها فكِدْتُ أُهلِكُ ناسًا لأنّها نفرَتْ فاعتقدتُ [١/٢٩٨ ب] أنْ لا أنْحرَها إلاّ باركةً معقولةً وأُوَلِّيَ مَنْ هو أقدرُ على ذلك منّي.

وفي حديث أنس رضي الله عنه: أنّ النبيّ عليه الصلاة والسلام ضحّى بكبشين أملحين أقرنَيْنِ قال أنسٌ: فرأيت النبيّ عليه الصلاة والسلام واضعًا قدمَه على صفاحِهما أي على جَوانِبِ عُنُقِهما وهو يَذْبَحُهما بيدِه عليه الصلاة والسلام مُسْتقبلَ القِبْلةِ فذَبَحَ الأوّلَ فقال: «بسم الله والله أكبرُ اللّهمّ هذا عن محمّدٍ وعن آلِ محمّدٍ» ثُمّ ذَبَحَ الآخرَ وقال عليه الصلاة والسلام: «اللّهمّ هذا عمّنْ شَهِدَ لكَ بالتوحيد وشَهِدَ لي بالبلاغ»[1].

ويُسْتَحَبُّ أنْ يكونَ الذّابحُ حالَ الذّبحِ مُتَوجِّهًا إلى القِبْلةِ لما رَوَيْنا وإذا لم يَذْبَحْ بنفسِه يُسْتَحَبُّ له أنْ يأمُرَ مسلمًا فإنْ أمرَ كتابيًّا يُكرَه لما قُلْنا ويُسْتَحَبُّ أنْ يحضُرَ الذّبحَ لما رُوِيَ عن سَيِّدنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّ النبيّ عليه الصلاة والسلام قال لسيّدتنا فاطمةَ رضي الله عنها: «يا فاطمةُ بنتَ محمّدٍ قومي فاشهدي ضحيّتَكِ فإنّه يُغفرُ لكِ بأوّلِ قطرةٍ تقطُرُ من دمِها مَغفرةٌ لكلِّ ذنبٍ أما إنّه يُجاءُ بدمِها ولحمِها فيوضَعُ في ميزانِك وسبعونَ ضِعْفًا» فقال أبو سعيدٍ الخُدْريُّ رضي الله عنه يا نبيَّ الله هذا لآلِ محمّدٍ خاصّةً فإنّهم أهلٌ لما خُصّوا به من الخيرِ أم لآلِ محمّدٍ وللمسلمينَ عامّةً فقال: «هذا لآلِ محمّدٍ خاصّةً وللمسلمينَ عامّةً»[2].

وفي حديثِ عِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ رضي الله عنه قال: قال رسولُ الله ﷺ: «يا فاطمةُ قومي فاشهدي أُضحيتَكِ فإنّه يُغفرُ لكِ بأوّلِ قطرةٍ تقطُرُ من دمِها كُلُّ ذنبٍ عملتِيه وقولي: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ۝ لَا شَرِيكَ لَهُ [وَبِذَٰلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ] [3]﴾ [الأنعام: ١٦٢-١٦٣]»[4].

---

(١) أخرجه أحمد برقم (٢٣٣٤٨)، وفي إسناده عبد الله بن محمد وعلي بن حسين وفيهما كلام.
(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٤٧) برقم (٧٥٢٥) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٤٧) برقم (٧٥٢٤)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٨٣)، والطبراني في الكبير (١٨/ ٢٣٩) برقم (٦٠٠)، والروياني في مسنده (١/ ١٣٤) برقم (١٣٨)، وأورده الهيثمي في المجمع (٤/ ١٧). وقال: رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه أبو حمزة الثمالي وهو ضعيف.

وأنْ يَدْعوَ فيقول: اللّهمّ هذا منك ولك، إن صَلاتي ونُسُكي ومحيايَ ومَماتي للّه رَبِّ العالَمينَ، لا شريكَ له، وبذلك أُمِرْت وأنا أول [1] المسلمينَ؛ لما رَوَيْنا، وأنْ يقول ذلك قبل التّسْميةِ أو بعدَها؛ لما رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه قال: ضَحّى رسولُ اللّه ﷺ بكَبْشينِ فقال حين وجّهَهما: «وجّهَتْ وجهي للّذي فطرَ السّمواتِ والأرضَ حنيفًا مسلمًا، اللّهمّ منك ولك عن محمّدٍ وأُمّتِه بسْمِ اللّه واللّه أكبرُ» [2].

ورُوِيَ عن الحسَنِ بنِ المعتمرالكِنانيِّ قال: خرجْتُ مع سَيِّدِنا عَليِّ بنِ أبي طالبٍ رضي الله عنه يومَ الأضْحَى إلى عيدٍ، فلَمّا صَلّى قال: يا قَنبَرُ أدنِ مِنّي أحدَ الكَبْشينِ فأخذ بيَدِه فأضْجَعَه ثُمّ قال: وجّهْت وجهي للّذي فطرَ السّمواتِ والأرضَ حنيفًا وما أنا من المُشْرِكينَ إنّ صَلاتي ونُسُكي ومحيايَ ومَماتي للّه رَبِّ العالَمينَ لا شريكَ له وبذلك أُمِرْتُ وأنا من المسلمينَ، بسْمِ اللّه اللّهمّ منك ولك، بسْمِ اللّه واللّه أكبَرُ، اللّهمّ [تَقبّلْ] [3] من عَليٍّ فذَبَحه ثُمّ دَعا بالثّاني [4] ففعل به مثلَ ذلك.

ويُسْتَحَبُّ أنْ يُجَرِّدَ التّسْميةَ عن الدُّعاءِ فلا يَخْلِطَ معها دُعاءً وإنّما يَدْعو قبل التّسْميةِ أو بعدَها، ويُكرَه حالةَ التّسْميةِ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى الأُضْحيّة: فالمُسْتَحَبُّ أنْ يكونَ أسمَنَها وأحْسَنَها وأعظَمَها لأنّها مَطيّةُ الآخِرةِ قال عليه الصلاة والسلام: «عَظِّموا ضَحاياكُم فإنّها على الصِّراطِ مَطاياكُم» [5] ومَهْما كانتِ المطيّةُ أعظَمَ وأسمَنَ كانت على الجوازِ على الصِّراطِ أقْدَرَ.

وأفضَلُ الشّاءِ أنْ يكونَ كبْشًا أملَحَ أقرَنَ موجوءًا؛ لما رَوَى جابرٌ رضي الله عنه: أنّ

---

(١) في المطبوع: «من».

(٢) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الضحايا، باب: ما يستحب من الضحايا برقم (٢٧٩٥)، وابن ماجه برقم (٣١٢١)، وأحمد برقم (١٤٦٠٤)، والدارمي برقم (١٩٤٦)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٣٩) برقم (١٧١٦)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٦٨)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٣٤٧) برقم (١١٤٦)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٥٢) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، انظر مشكاة المصابيح رقم (١٤٦١).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «بالآخر».

(٥) ضعيف: أورده الديلمي في الفردوس (١/ ٨٥) برقم (٢٦٨)، والعجلوني في كشف الخفاء (١/ ١٣٣) برقم (٣٣٧)، وقال العجلوني: رواه الديلمي بسند ضعيف جدًا عن أبي هريرة رفعه.

رسول الله ﷺ ضَحّى بكَبْشينِ أملَحينِ أقرَنَيْنِ موجوءَيْنِ عَظيمَيْنِ سَمينَيْنِ [١] والأقرَنُ: العظيمُ القرنِ، والأملَحُ: الأبيَضُ. ورُوِيَ [عنه] [٢] عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «دَمُ العفراءِ يعدِلُ عندَ الله مثلَ دَمِ السّوداوَينِ وإنَ أحسَنَ اللّونِ [٣] عندَ اللّه البياضُ، و [٤] اللّه خلَقَ الجنّةَ بيضاءَ [وخلق أهلها بيضا] [٥]» [٦] والموجوءُ: قِيلَ هو مدقوقُ الخُصْيتَيْنِ، وقيلَ: هو الخصيُّ، كذا [٧] رُوِيَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله فإنّه رُوِيَ عنه أنّه سُئِلَ عن التّضْحيةِ بالخصيِّ فقال: ما زادَ في لَحمِه أنفَعُ مِمّا (ذَهَبَ من) [٨] خُصْيتَيْه.

وأمّا الذي يرجعُ إلى وقتِ التّضْحيةِ: فالمُسْتَحَبُّ هو اليومُ الأوّلُ من أيّامِ النّحْرِ لما رَوَيْنا عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: أيّامُ النّحْرِ ثلاثةٌ؛ أوّلُها أفضَلُها ولأنّه مُسارَعةٌ إلى الخيرِ وقد مَدَحَ اللّه - جَلّ شَأنُه - المُسارِعينَ إلى الخيْراتِ السّابقينَ لها بقولِه - عَزّ شَأنُه -: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ يُسَٰرِعُونَ فِي ٱلۡخَيۡرَٰتِ وَهُمۡ لَهَا سَٰبِقُونَ﴾ [المؤمنون:٦١] وقال - عَزّ شَأنُه -: ﴿وَسَارِعُوٓاْ إِلَىٰ مَغۡفِرَةٖ مِّن رَّبِّكُمۡ﴾ [آل عمران:١٣٣] أي إلى سبب المغْفِرةِ ولأنّ اللّهَ - جَلّ شَأنُه - أضافَ عِبادَه في هذه الأيّامِ بلُحومِ القرابينِ فكانتِ التّضْحيةُ في أوّلِ الوقتِ من باب سُرْعةِ الإجابةِ إلى ضيافةِ اللّه - جَلّ شَأنُه -.

والمُسْتَحَبُّ أنْ تكونَ بالنّهارِ ويُكرَه أنْ تكونَ بالليلِ لما ذَكَرْنا في كِتاب الذّبائحِ والصُّيودِ، وأفْضَلُ وقتِ التّضْحيةِ لأهلِ السّوادِ ما بعدَ طُلوعِ الشّمسِ؛ لأنّ عندَه يتكامَلُ آثارُ [أوّلِ] [٩] النّهارِ واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى آلةِ التّضْحيةِ: فما ذَكَرْنا في كِتاب الذّبائحِ وهو أنْ تكونَ آلةُ الذّبحِ [١٠] حادّةً من الحديدِ.

وأمّا الذي هو بعدَ الذّبحِ: فالمُسْتَحَبُّ أنْ [١/ ٢٩٩ أ] يتربّصَ بعدَ الذّبْحِ قدرَ ما يَبْرُدُ ويَسْكُنُ من جميعِ أعضائه وتَزولُ الحياةُ عن جميعِ جَسَدِه ويُكرَه أنْ يَنْخَعَ ويَسْلُخَ قبل أنْ

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الذي».
(٤) في المخطوط: «وإن».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) أورده الديلمي بنحوه في الفردوس (٢/ ٢١٩) برقم (٣٠٦٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٧) في المخطوط: «وهكذا».
(٨) في المخطوط: «أذهب».
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «التضحية».

يَبْرُدَ لما ذكرنا في كتاب الذبائح .

ولصاحب الأضحية أنْ يأكل من أضحيته؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا﴾ [الحج ٢٨] ولأنه ضيف الله - جلّ شأنه - في هذه الأيام كغيره فله أنْ يأكل من ضيافة الله - عزّ شأنه - وجملة الكلام فيه أنّ الدماء أنواع ثلاثة:

نوعٌ يجوز لصاحبه أنْ يأكل منه بالإجماع، ونوعٌ لا يجوز له أنْ يأكل منه بالإجماع، ونوعٌ اختُلِف فيه .

فالأول: دم الأضحية، نفلاً كان أو واجباً منذوراً كان أو واجباً مبتدأً .

والثاني: دم الإحصار وجزاء الصيد ودم الكفارة الواجبة بسبب الجناية على الإحرام كحلق الرأس ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنايات، ودم النذر بالذبح .

والثالث: دم المتعة والقران، فعندنا يؤكل وعند الشافعي رحمه الله لا يؤكل، وهي من مسائل المناسك ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح؛ إذ لو وجب عليه التصدق لما جاز له أن يأكل منه، وكل دم لا يجوز له أنْ يأكل منه يجب عليه أنْ يتصدق به بعد الذبح إذ لو لم يجب لأدى إلى التسييب، ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين جميعاً .

أما في النوع الأول: فظاهرٌ .

وأما في الثاني: فلأنه هلك عن[(١)] غير صنعه فلا يكون مضموناً عليه وإن استهلكه بعد الذبح إنْ كان من النوع [الثاني] [(٢)] يغرم قيمته لأنه أتلف مالاً متعيناً للتصدق به فيغرم قيمته ويتصدق بها، وإنْ كان من النوع الأول لا يغرم شيئاً ولو باعه نفذ بيعه سواء كان من النوع الأول أو الثاني فعليه أنْ يتصدق بثمنه .

ويُستحبُّ له أنْ يأكل من أضحيته لقوله تعالى - عزّ شأنه -: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج :٢٨] .

---

(١) في المخطوط: «من».

(٢) ليست في المخطوط.

ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «إذا ضحّى أحدُكم فليأكل من أُضحيتِه ويُطعِم منه غيرَه» [(١)] ورُوِيَ عن سَيّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال لغُلامِه قَنْبَرٍ - حين ضحّى بالكبْشينِ: يا قَنْبَر خُذْ لي من كُلِّ واحدٍ منهما بضْعةً وتَصَدّقْ بهما بجُلُودِهما وبرُءوسِهما وبأكارِعِهما، والأفْضَلُ أنْ يتصدّقَ بالثُّلُثِ ويَتّخِذَ الثُّلُثَ ضيافةً لأقارِبِه وأصدِقائه ويَدّخِرَ الثُّلُثَ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج:٣٦] وقولِه - عَزّ شَأنُه -: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج:٢٨].

وقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «كُنتُ نَهَيتُكُم عن لُحومِ الأضاحيِّ فكُلوا منها وادّخِروا» [(٢)] فثَبَتَ بمجموعِ الكِتاب العزيزِ والسُّنّةِ أنّ المُسْتَحَبّ ما قُلْنا ولأنّه يومُ ضيافةِ اللّه - عَزّ وجَلّ - بلُحومِ القرابينِ فيُنْدَبُ [إلى] [(٣)] إشْراكِ الكُلِّ فيها، ويُطْعِمُ الفقيرَ والغنيّ جميعًا لكَوْنِ الكُلِّ أَضيافَ اللّه تعالى - عَزّ شَأنُه - في هذه الأيّامِ وله أنْ يَهَبه منهما جميعًا.

ولو [(٤)] تَصَدّقَ بالكُلِّ جاز، ولو [(٥)] حَبَسَ الكُلّ لنفسِه جاز؛ لأنّ القُرْبةَ في الإراقةِ.

وأمّا التّصَدُّقُ باللّحمِ فتَطَوُّعٌ، وله أنْ يَدّخِرَ الكُلّ لنفسِه فوْقَ ثلاثةِ أيّامٍ؛ لأنّ النّهيَ عن ذلك كان في ابتِداءِ الإسلامِ ثُمّ نُسِخَ بما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «إنّي

(١) ضعيف: أخرجه أحمد برقم (٨٨٣٥)، وأورده ابن عدي في الكامل (٢/ ٣١٤)، والهيثمي في المجمع (٤/ ٢٥)، وفي سنده ابن أبي ليلى وفيه كلام، وانظر ضعيف الجامع الصغير رقم (٥٨١).

(٢) أخرجه مسلم مطولا، كتاب: الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، برقم (١٩٧٧)، وأبو داود، كتاب: الأشربة، باب: في الأوعية، برقم (٣٦٩٨)، والترمذي بلفظه برقم (١٥١٠)، والنسائي برقم (٤٤٣٠)، وأحمد برقم (٢٢٥٠٧)، وابن حبان (١٢/ ٢١٣) برقم (٥٣٩١)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٧٦) برقم (٦٩٨٥)، والطبراني في الأوسط (١/ ٨٣) برقم (٢٣٨)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٢٩٤) برقم (١٩٩٨)، والروياني في مسنده (١/ ٦٢) برقم (٣)، وابن أبي شيبة (٣/ ٣٠) برقم (١١٨١٣) من حديث بريدة رضي الله عنه.

وللحديث شاهد آخر من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وسنده صحيح، أخرجه النسائي: كتاب الضحايا، باب: الإذن في ذلك، برقم (٤٤٢٨)، وأحمد برقم (١١٢٣٣)، ومالك في الموطأ برقم (١٠٤٨)، وابن حبان (١٣/ ٢٤٨) برقم (٥٩٢٦)، والحاكم في المستدرك (١/ ٥٣٠) برقم (١٣٨٦)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٧٧) برقم (٦٩٨٨)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٣٠٣) برقم (٩٨٥)، وأبو يعلى في مسنده (٢/ ٢٨١) برقم (٩٩٧) انظر صحيح سنن النسائي.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «وإن».

(٥) في المخطوط: «وإن».

كُنت نَهَيتُكُم عن إمساكِ لُحومِ الأضاحيّ فوقَ ثلاثةِ أيّامٍ ألا فأمسِكوا ما بَدا لَكُم»[١].

ورُوِيَ أنّه عليه الصلاة والسلام قال: «إنّما نَهَيتُكُم لأجلِ الرّأفةِ دونَ حَضرةِ الأضحَى»[٢] إلاّ أنّ إطعامَها والتّصَدُّقَ بها أفْضَلُ إلاّ أنْ يكونَ الرّجُلُ ذا عيالٍ وغيرَ موَسّعِ الحالِ فإنّ الأفْضَلَ له حينئِذٍ أنْ يَدَعَه لعيالِه ويوسِعَ به عليهم؛ لأنّ حاجَتَه وحاجةَ عيالِه مُقَدّمةٌ على حاجةِ غيرِه قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «ابدَأ بنفسِك ثُمّ بغيرِك»[٣].

ولا يَحِلُّ بيعُ: جِلْدِها وشَحمِها ولحمِها وأطْرافِها ورأسِها وصوفِها وشَعْرِها ووَبَرِها ولبَنِها الذي يَحْلُبُه منها بعدَ ذَبْحِها بشيءٍ لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به إلاّ باستِهْلاكِ عَيْنِه من الدّراهمِ والدّنانيرِ والمأكولاتِ والمشْروباتِ، ولا أنْ يُعْطيَ أجرَ الجزّارِ والذّابحِ منها؛ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ باعَ جِلْدَ أُضحيتِه فلا أُضحيَةَ له»[٤].

ورُوِيَ أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام قال لعَليٍّ رضي الله عنه: «تَصَدّقْ بجِلالِها وخِطامِها، ولا تُعْطي أجرًا لجَزّارٍ منها»[٥] ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ - كرّمَ اللّه وجهَه - أنّه قال: إذا ضَحّيْتُم فلا تَبيعوا لُحومَ ضَحاياكُم ولا جُلودَها وكُلوا منها وتَمَتّعوا[٦] ولأنّها من ضيافةِ اللّه - عَزّ شَأنُه - التي أضافَ بها عِبادَه وليس للضّيْفِ أنْ يَبيعَ من طعامِ الضّيافةِ شيئًا فإنْ باعَ شيئًا من ذلك مما ذكرنا نَفَذَ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ لا يَنْفُذُ لما ذَكَرْنا فيما قبل الذّبحِ ويتصَدّقُ بثمَنِه؛ لأنّ القُرْبةَ ذَهَبَتْ عنه[٧] فيتصَدّقُ به ولأنّه استفاده

---

(١) ينظر ما قبله. (٢) سبق تخريجه. وانظر ما قبله.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب: الزكاة، باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله...، برقم (٩٩٧)، والنسائي، كتاب: الزكاة، باب: أي الصدقة أفضل، برقم (٢٥٤٦)، وابن حبان (٨/ ١٢٨) برقم (٣٣٣٩)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ١٧٨) برقم (٧٥٤٤)، والشافعي في مسنده (١/ ٣٢٧) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٤) حسن: أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٢٢) برقم (٣٤٦٨)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٩٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير برقم (٦١١٨).

(٥) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب: الحج، باب: يتصدق بجلود الهدي، برقم (١٧١٧)، ومسلم، كتاب: الحج، باب: في الصدقة بلحوم الهدي وجلودها وجلالها، برقم (١٣١٧)، وأبو داود، برقم (١٧٦٩)، وابن ماجه، (٣٠٩٩).

(٦) أورده الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٦)، وقال: في الصحيح طرف يسير منه رواه أحمد وهو مرسل صحيح الإسناد.

(٧) في المخطوط: «منه».

بسببٍ محظورٍ وهو البيعُ فلا يَخْلو عن خُبْثٍ فكان سبيلُه التّصَدُّقَ وله أنْ يَنْتَفِعَ بجِلْدِ أُضْحيّتِهِ في بيتِه بأنْ يَجْعَلَه سِقاءً أو فروًا أو غيرَ ذلك؛ لما رُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها أنّها اتّخذتْ من جِلْدِ أُضْحيّتِها سِقاءً.

ولأنّه يجوزُ الانتِفاعُ بلَحمِها فكذا بجِلْدِها.

وله [١/ ٢٩٩ ب] أنْ يَبيعَ هذه الأشياءَ بما يُمْكِنُ الانتِفاعُ به مع بقاءِ عَيْنِه من مَتاعِ البيتِ كالجِراب والمُنْخُلِ؛ لأنّ البدَلَ الذي يُمْكِنُ الانتِفاعُ به مع بقاءِ عَيْنِه يقومُ مقامَ المُبْدَلِ فكان المُبْدَلُ قائمًا معنًى فكان الانتِفاعُ به كالانتِفاعِ بعَيْنِ الجِلْدِ بخلافِ البيعِ بالدّراهم والدّنانيرِ؛ لأنّ ذلك مِمّا لا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به مع بقاءِ عَيْنِه فلا يقومُ مقامَ الجِلْدِ فلا يكونُ الجِلْدُ قائمًا معنًى والله تعالى - عَزّ شأنُه - أعلَمُ.

* * *

كتاب النذر



كتاب النذر(١)

الكلامُ في هذا الكِتاب في الأصلِ في ثلاثةِ مواضِعَ:

في بيانِ رُكنِ النّذْرِ.

وفي بيانِ شرائطِ الرُّكنِ.

وفي بيانِ حُكمِ النّذْرِ.

أمّا الأوّلُ: فرُكنُ النّذْرِ هو الصّيغةُ الدّالةُ عليه وهو قولُه: للّه عَزّ شَأنُه عَلَيّ كذا، أو عَلَيّ كذا، أو هذا هَدْيٌ، أو صَدَقةٌ، أو مالي صَدَقةٌ، أو ما أملِكُ صَدَقةٌ، ونحوُ ذلك.

فصل [في شرائط ركن النذر]

وأمّا شرائطُ الرُّكنِ فأنواعٌ:

بعضُها يتعَلّقُ بالنّاذِرِ، وبعضُها يتعَلّقُ بالمنذورِ به، وبعضُها يتعَلّقُ بنفسِ الرُّكنِ.

أمّا الذي يتعلّقُ بالنّاذِرِ: فشرائطُ الأهليّةِ.

منها: العقلُ، ومنها البُلوغُ، فلا يصحُّ نَذْرُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يعقِلُ، لأنّ حُكمَ النّذْرِ وجوبُ المنذورِ به، وهما لَيْسا من أهلِ الوجوب، وكذا الصّبيُّ العاقِلُ؛ لأنّه ليس من أهلِ وجوب الشّرائعِ.

ألا تَرَى أنّه لا يجبُ عليهما شيءٌ من الشّرائعِ بإيجاب الشّرعِ ابتِداءً؟ فكذا بالنّذْرِ، إذِ الوجوبُ عندَ وجودِ الصّيغةِ من الأهلِ في المحِلِّ بإيجاب اللّه - تعالى - لا بإيجاب العبدِ، إذْ ليس للعبدِ وِلايةُ الإيجاب، وإنّما الصّيغةُ عَلَمٌ على إيجاب اللّه - تعالى -.

ومنها: الإسلامُ، فلا يصحُّ نَذْرُ الكافرِ، حتّى لو نَذَرَ ثُمّ أسلَمَ لا يَلْزَمُه الوفاءُ به، وهو ظاهرُ مذهب الشّافعيِّ رحمه الله؛ لأنّ كونَ المنذورِ به قُرْبةً شرطُ صحّةِ النّذْرِ، وفعلُ

---

(١) من هنا تم مقابلة المطبوعة على نسخة قديمة أخرى.

الكافرِ لا يوصَفُ بكَوْنِه قُرْبَةً.

وأما حُرِّيّةُ النّاذِرِ: فليستْ من شرائطِ الصِّحّةِ؛ فيصحُّ نَذْرُ المَمْلوكِ، ثُمّ إنْ كان المنذورُ به من القُرَب الدِّينيّةِ كالصّلاةِ والصّوْمِ ونحوِهما يجبُ عليه للحالِ، ولو كان من القُرَب الماليّةِ كالإعتاقِ والإطعامِ ونحوِ ذلك يجبُ عليه بعدَ العتاقِ؛ لأنّه ليس من أهلِ الملكِ للحالِ ولو قال: إنِ اشتريْتُ هذه الشّاةَ فهي هَدْيٌ، أو إنِ اشتريْتُ هذا العبدَ فهو حُرٌّ، فعَتَقَ لم يَلْزَمْه حتّى يُضيفَه إلى ما بعدَ العتقِ في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ، وقد ذَكَرْناه في كِتاب العتاقِ.

وأما الطّواعيةُ: فليستْ بشرطٍ عندَنا خلافًا للشّافعيِّ رحمه الله كما في اليمينِ، وكذا الجِدُّ والهَزْلُ والله - عزّ شَأنُه - أعلَمُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المنذورِ به فأنواعٌ:

منها: أنْ يكونَ مُتَصَوّرَ الوجودِ في نفسِه شرعًا، فلا يصحُّ النّذْرُ بما لا يُتَصَوّرُ وجودُه شرعًا كمَنْ قال: للّه - تعالى - عَلَيّ أنْ أصومَ لَيْلاً أو نَهارًا أكل فيه، وكالمرأةِ إذا قالت: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ أيّامَ حيضي؛ لأنّ الليلَ ليس مَحِلّ الصّوْمِ، والأكلَ مُنافٍ للصّوْمِ حقيقةً والحيضَ مُنافٍ له شرعًا؛ إذِ الطّهارةُ عن الحيضِ والنِّفاسِ شرطُ وجودِ الصّوْمِ الشّرعيِّ.

ولو قالت: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ غَدًا فحاضَتْ في غَدٍ.

او قالت: للّه عَلَيّ أنّ أصومَ يومَ يقدَمُ فُلانٌ فقَدِمَ في يومٍ حاضَتْ فيه لا شيءَ عليها عندَ محمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ عليها قضاءُ ذلك اليومِ، وهي من مسائلِ الصّوْمِ.

وعلى هذا يَخرُجُ ما إذا قال: للّه - تعالى - عَلَيّ أنْ أصومَ اليومَ الذي يقدَمُ فيه فُلانٌ، فقَدِمَ في النّهارِ - أنّه إنْ قَدِمَ قبل الزّوالِ أو قبل أنْ تناول شيئًا من المُفْطِراتِ يَلْزَمُه صومُه، وإنْ قَدِمَ بعدَ الزّوالِ أو بعدَما تَناوَلَ شيئًا من المُفْطِراتِ لا يَلْزَمُه شيءٌ؛ لأنّه أوجَبَ على نفسِه صومَ يومٍ موصوفٍ بأنّه يوجدُ فيه قُدومُ فُلانٍ ولا علمَ له بهذا اليوم قبل القُدومِ ولا دَليلَ العلمِ، ولا وجوبَ لهذا الصّوْمِ بدونِ العلمِ؛ أو دَليلِه؛ لأنّ ما ثَبَتَ أداؤُه على قَصْدِ المُؤَدّي في تَحْصيلِه لا يجبُ أداؤُه إلاّ بعدَ العلمِ بوجوبه أو دَليلِ العلمِ، فلم يجبِ الصّوْمُ ما لم يوجدِ اليومُ الموصوفُ، ولا وجودَ إلاّ بالقُدومِ، فصار الوجوبُ على هذا التّخْريجِ مُتَعَلّقًا بالقُدومِ، ووجوبُ صومِ يومٍ لم تَزُلْ فيه الشّمسُ، ولم يتناوَلْ شيئًا من المُفْطِراتِ

مُتَصَوّرٌ، كما لو أنْشأ النّذْرَ فوَجَبَ عليه للحالِ، ولا تَصَوُّرَ له بعد التّناوُلِ وبعدَ الزّوالِ فلا يجبُ عليه شيءٌ، بخلافِ اليمينِ بأنْ قال: واللّه لأصومَنّ اليومَ الذي يقدَمُ فيه فُلانٌ فقَدِمَ بعدَما أكل، أو بعدَ الزّوالِ - حَنِثَ في يمينِه.

والفرقُ: أنّ في باب النّذْرِ يجبُ الفعلُ حقًّا للّه - تعالى -؛ لأنّ الوجوبَ بإيجاب اللّه - تعالى - عندَ مُباشرةِ سبب الوجوب من العبدِ فصار هذا وسائرُ العِباداتِ المقصودةِ على السّواءِ.

وأمّا في باب اليمينِ: فالفعلُ في نفسِه غيرُ واجِبٍ، بَلِ الواجِبُ هو الامتِناعُ عن هَتْكِ حُرْمةِ اسمِ اللّه - تعالى عَزّ شَأنُه - وإنّما وجَبَ الفعلُ لضَرورةِ حُصولِ البرِّ، وحُصولُ البرِّ أيضًا لضَرورةِ الامتِناعِ عن الهَتْكِ فوجوبُه لا يَفْتَقِرُ إلى العلم، فكان وجوبُ تَحْصيلِ البرِّ والامتِناعِ ثابتًا قبل وجودِ دَليلِ الوجوب وهو القُدومُ، فوَجَبَ عليه البرُّ من أوّلِ وجودِ هذا اليومِ الذي حَلَفَ أنْ يصومَه وإنْ لم يكنْ له به علمٌ، فإذا لم يصُم: بأنْ أكل أو امتَنَعَ من النّذْرِ حتّى زالَتِ الشّمسُ حَنِثَ في يمينِه لفَواتِ البرِّ واللّه - عَزّ شَأنُه - أعلَمُ.

ومنها: أنْ يكونَ قُرْبةً فلا يصحُّ النّذْرُ بما ليس بقُرْبةٍ رأسًا كالنّذْرِ بالمعاصي بأنْ يقول: للّه - عَزّ شَأنُه - عَلَيّ أنْ أشرَبَ الخمْرَ أو أقتُلَ فُلانًا أو أضْرِبَه أو أشتُمَه ونحوَ ذلك، لقولِه عليه الصلاة والسلام: «**لا نَذْرَ في معصيةِ اللّه تعالى**» [(١)]، وقولِه: عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ نَذَرَ أنْ يعصيَ اللّهَ - تعالى - فلا يعصِه**» [(٢)]، ولأنّ حُكمَ النّذْرِ وجوبُ المنذورِ به،

---

(١) **صحيح**: أخرجه أبو داود، كتاب: الأيمان والنذور، باب: من رأى عليه كفارة إذا كان في معصيته، برقم (٣٢٩٠)، والترمذي برقم (١٥٢٤)، والنسائي برقم (٣٨٣٤)، وابن ماجه برقم (٢١٢٥)، وأحمد برقم (٢٥٥٦٦)، والدارقطني (٤/ ١٦) برقم (٤٦)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٦٩)، والطبراني في الأوسط (٧/ ٨١) برقم (٢١٣٣)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٠٨) برقم (١٤٨٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وللحديث شاهد في الصحيح أخرجه مسلم، كتاب: النذر، باب: لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم برقم (١٦٤١)، والترمذي، كتاب: النذور والأيمان، باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ أن لا نذر في معصية برقم (١٥٢٤)، والنسائي برقم (٣٨١٢)، وابن ماجه برقم (٢١٢٤)، وأحمد برقم (١٩٤٨٣)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٣٩) برقم (٧٨٤٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٥٦)، والطبراني في الكبير (١٨/ ١٦٤) برقم (٣٦٣)، والشافعي في مسنده (١/ ٣٣٩)، والروياني في مسنده (١/ ١١٥) برقم (٩٩) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه.

(٢) **أخرجه البخاري**، كتاب: الأيمان والنذور، باب: النذر في الطاعة، برقم (٦٦٩٦)، وأبو داود، كتاب: الأيمان والنذور، باب: ما جاء في النذر في المعصية برقم (٣٢٨٩)، والترمذي برقم (١٥٢٦)،

ووجوبُ فعلِ المعصيةِ مُحالٌ.

وكذا النّذْرُ بالمُباحاتِ من الأكلِ والشُّرْب والجِماعِ ونحوِ ذلك لعَدَمِ وصفِ القُرْبةِ لاستِوائهما فعلاً وتَرْكًا.

وكذا لو قال: عَلَيّ طلاقُ امرأتي؛ لأنّ الطّلاقَ ليس بقُرْبةٍ فلا يَلْزَمُ بالنّذْرِ، وهل يقعُ الطّلاقُ به؟ فيه كلامٌ نَذْكُره إنْ شاء اللّه تعالى.

ومنها: أنْ يكونَ قُرْبةً مقصودةً، فلا يصحُّ النّذْرُ بعيادةِ المرضَى وتَشْييعِ الجنائزِ والوُضوءِ والاغْتِسالِ ودُخولِ المسجدِ ومسِّ المُصْحَفِ والأذانِ وبناءِ الرِّباطاتِ والمساجِدِ وغيرِ ذلك وإنْ كانت قُرَبًا؛ لأنّها ليستْ بقُربٍ مقصودةٍ ويصحُّ النّذْرُ بالصّلاةِ والصّوْمِ والحجِّ والعُمْرةِ والإحرام بهما والعتقِ والبدَنةِ والهَدْيِ والاعتِكاف ونحوُ ذلك؛ لأنّها قُرَبٌ مقصودةٌ وقد قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ نَذَرَ أنْ يُطيعَ اللّهَ تعالى فلْيُطِعْه**»[1].

وقال عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ نَذَرَ وسَمّى فعليه وفاؤه بما سَمّى**»[2]؛ إلاّ أنّه خُصّ منه المُسَمّى الذي ليس بقُرْبةٍ أصلاً، والذي ليس بقُرْبةٍ مقصودةٍ فيجبُ العمَلُ بعُمومِه فيما وراءَه.

ومن مَشايِخِنا مَنْ أصّلَ في هذا أصلاً فقال: ما له أصلٌ في الفُروضِ يصحُّ النّذْرُ به ولا شَكّ أنّ ما سِوَى الاعتِكاف من الصّلاةِ والصّوْمِ وغيرِهما له أصلٌ في الفُروضِ، والاعتِكافُ له أصلٌ أيضًا في الفُروضِ وهو الوُقوفُ بعَرَفةَ، وما لا أصلَ له في الفُروضِ لا يصحُّ النّذْرُ به كعيادةِ المرضَى وتَشْييعِ الجِنازة ودُخولِ المسجدِ ونحوِها وعُلِّلَ بأنّ النّذْرَ إيجابُ العبدِ فيُعْتَبَرُ بإيجاب اللّه تعالى.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ يومَ النّحرِ، أو أيّامَ التّشريقِ يصحُّ نَذْرُه عندَ أصحابنا الثّلاثةِ،

والنسائي برقم (٣٨٠٧)، وابن ماجه برقم (٢١٢٦)، وأحمد برقم (٢٣٥٥٥)، ومالك برقم (١٠٣١)، والدارمي برقم (٢٣٣٨)، وابن حبان (١٠/ ٢٣٣) برقم (٤٣٨٧)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٣١)، والطبراني في الأوسط (٦/ ٢٦٤) برقم (٦٣٦٤)، والشافعي في مسنده (١/ ٣٣٩)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٢/ ٣٩١) برقم (٩٤٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٦٦) برقم (١٢١٤٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(١) انظر ما قبله.

(٢) أورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٠٠)، وقال: غريب.

ويُفْطِرُ ويقضي [١].

وقال زُفَرُ رحمه الله والشّافعيُّ: لا يصحُّ نَذْرُه لهما لأنّه نَذْرٌ بما هو معصيةٌ؛ لكَوْنِ الصّوْمِ في أيّامِ التّشريقِ مَنْهيًّا عنه [٢]، لقولِه عليه الصلاة والسلام: «ألا لا تصوموا في هذه الأيّامِ؛ فإنها أيّامُ أكلٍ وشُربٍ» [٣] والمنهيُّ عنه يكونُ معصيةً، والنّذْرُ بالمعاصي لا يصحُّ لما بيّنّا والدّليلُ عليه أنّ الصّوْمَ في هذه الأيّامِ لا يَلْزَمُ بالشُّروعِ، ولا يُضْمَنُ بالقضاءِ عندَ الإفسادِ بأنْ أصبحَ صائمًا ثُمّ أفْطرَ.

ولنَا: أنّه نَذْرٌ بقُرْبةٍ مقصودةٍ فيصحُّ النّذْرُ، كما لو نَذَرَ بالصّوْمِ في غيرِ هذه الأيّامِ، ودَلالةُ الوصفِ النّصُّ والمعقولُ.

أمّا النّصُّ: فقولُه عليه الصلاة والسلام خَبرًا عن اللّه - تعالى جَلّ شَأنُه -: «الصّوْمُ لي وأنا أجزي به» [٤] من غير فصل.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّه سببُ التّقْوَى والشُّكرِ ومواساةِ الفقراءِ؛ لأنّ الصّائمَ في زَمانٍ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٢٤، ٣٢٥).

(٢) مذهب الشافعية: أنه لا ينعقد نذر صوم يوم النحر. انظر: الأم (٢/ ٢٥٥)، المهذب (١/ ٢٤٩).

(٣) أخرجه مسلم، كتاب: الصيام، باب: تحريم صوم أيام التشريق برقم (١١٤١)، وأحمد برقم (٢٠١٩٨) من حديث نبيشة الهذلي رضي الله عنه. وأخرجه بسند صحيح أبو داود، كتاب: الصوم، باب: صيام أيام التشريق، برقم (٢٤١٩)، والترمذي برقم (٧٧٣)، والنسائي برقم (٣٠٠٤)، وأحمد برقم (١٦٩٢٨)، والدارمي برقم (١٧٦٤)، وابن حبان (٨/ ٣٦٨) برقم (٣٦٠٣)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٠٠) برقم (١٥٨٦)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٢٩٨) برقم (٨٢٤٥)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٢٩١) برقم (٨٠٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢/ ٣٤٦) برقم (٩٧٧٠) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه، انظر الجامع الصغير، رقم (٨١٩٢).

وله شاهد آخر من حديث عبد الله بن حذافة السهمي أخرجه النسائي في الكبرى (٢/ ١٦٧) برقم (٢٨٨٢)، والحاكم في المستدرك (٣/ ٧٣١) برقم (٦٦٥٠)، والدارقطني (٢/ ١٨٧) برقم (٣٥)، والطبراني في الأوسط (١/ ١٧٣) برقم (٥٤٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٣٩٤) برقم (١٥٢٦٧).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب: التوحيد، باب: قول الله تعالى: ﴿يُرِيدُونَ أَن يُبَدِّلُوا۟ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [الفتح :١٥]، برقم (٧٤٩٢)، ومسلم، كتاب: الصيام، باب: فضل الصيام، برقم (١١٥١)، والترمذي، كتاب: الصوم، باب: ما جاء في فضل الصوم، برقم (٧٦٤)، والنسائي، برقم (٢٢١٤)، وابن ماجه، بنحوه برقم (٣٨٢٣)، وأحمد برقم (٧١٣٤)، ومالك برقم (٦٩٠)، والدارمي برقم (١٧٧٠)، وابن خزيمة (٣/ ١٩٨) برقم (١٩٠٠)، وابن حبان (٨/ ٢١١) برقم (٣٤٢٤)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٢٣٥) برقم (٧٨٩٨)، والطبراني في الكبير (٢/ ٤٥) برقم (١٢٣٥)، والحميدي في مسنده (٢/ ٤٤٢)، برقم (١٠١٠)، وابن الجعد في مسنده (١/ ١٧٤) برقم (١١٢٠)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٢٨٨) برقم (٩٢١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الصَّوْم يَتّقي الحلالَ، فالحرامُ أولى، ويعرِفُ قدرَ نِعَمِ اللّه - تعالى جَلّ شَأنُه - عليه بما تَجَشّمَ من مَرارةِ الجوعِ والعطَشِ؛ فيَحمِلُه ذلك على الشُّكرِ، وعلى الإحسانِ إلى الفقراءِ؛ لَمّا عَرَفَ قدرَ مُقاساةِ المُبْتَلى بالجوعِ والفقرِ وهذه المعاني موجودةٌ في الصَّوْمِ في هذه الأيّامِ، وإنّها مَعانٍ مُسْتَحْسَنةٌ عقلاً، والنّهيُ لا يَرِدُ عَمّا عُرِفَ حُسْنُه عقلاً لما فيه من التّناقُضِ فيُحمَلُ على غيرِ مُجاوِرٍ له صيانةً لحُجَجِ اللّه - تعالى - عن التّناقُضِ عَمَلاً بالدّلائلِ بقدرِ الإمكانِ.

وأمّا فصلُ الشُّروعِ والقضاءِ فمَمْنوعٌ عندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله، وعندَ أبي حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - إنّما يَلْزَمُ بالشُّروعِ، ولا يجبُ القضاءُ بالإفطارِ؛ لأنّ لُزومَ الإتْمامِ في صومِ التّطَوُّعِ لضَرورةِ صيانةِ المُؤدّى عن الإبْطال؛ لأنّ إبْطالَ العمَلِ حَرامٌ، وههنا صاحِبُ الحقّ وهو اللّه - تعالى جَلّتْ عَظَمَتُه - رَضِيَ بإبْطال حقّه، فلا يَحْرُمُ الإبْطالُ فلا يَلْزَمُ الإتْمامُ ووجوبُ القضاءِ ضَرورةُ لُزومِ الإتْمامِ فإذا لم يَلْزَم لا يجبُ.

وَلو قال: عَلَيّ المشيُ إلى بيتِ اللّه تعالى أو إلى الكعبةِ أو إلى مَكّةَ أو إلى بَكّةَ فعليه حَجّةٌ أو عُمْرةٌ ماشيًا وإنْ شاء رَكِبَ وعليه ذَبْحُ شاةٍ لرُكوبه.

وجملةُ الكلامِ فيه: أنّ المكان نوعانِ: مَكانٌ يصحُّ الدُّخولُ فيه بغيرِ إحرامٍ، وهو ما سِوَى الحرَمِ: كمسجِدِ المدينةِ على صاحِبها أفضَلُ الصّلاةِ والسّلامِ، ومسجِدِ بيتِ المقدِسِ وغيرِهما من سائرِ المساجِدِ والأماكِنِ.

ومَكانٌ لا يصحُّ الدُّخولُ فيه بغيرِ إحرامٍ وهو الحرَمُ، والحرَمُ مُشْتَمِلٌ على مَكّةَ، ومَكّةُ على المسجِدِ الحرامِ، والمسجِدُ الحرامُ على الكعبةِ، فالنّاذِرُ إمّا أنْ يُسَمّى في النّذْرِ الكعبةَ، أو بيتَ اللّه - تعالى - أو مَكّةَ أو بَكّةَ أو الحرَمَ أو المسجِدَ الحرامَ.

والأفْعالُ التي يوجِبُها على نفسِه شِبْهَ ألفاظِ المشْيِ والخُروجِ والسّفَرِ والرُّكوب والذّهاب والإياب فإنْ أوجَبَ على نفسِه شيئًا من هذه الأفْعالِ وأضافَه إلى مَكان يصحُّ دُخولُه فيه بغيرِ إحرامٍ لا يصحُّ إيجابُه؛ لأنّه أوجَبَ على نفسِه التّحَوُّلَ من مَكان إلى مَكان، وذا ليس بقُرْبةٍ مقصودةٍ، ولا يصحُّ النّذْرُ بما ليس بقُرْبةٍ.

والدّليلُ عليه: ما رُوِيَ أنّ امرأةً جاءَتْ إلى رسولِ اللّه ﷺ فقالت: يا رسول اللّه، إنّي نَذَرْتُ إنْ فتحَ لَكَ مَكّةَ أنْ أُصَلّيَ مائتَيْ رَكعةٍ في مائةِ مسجِدٍ فقال عليه الصلاة والسلام:

«صَلِّي في مسجِدٍ واحدٍ» (١)، فلم يُصَحِّحْ عليه الصلاة والسلام نَذْرَها بالصَّلاةِ في كُلِّ مسجِدٍ والنَّذْرُ بخلافِ اليمينِ، فإنّ اليمينَ تَنْعَقِدُ بهذه الألفاظِ، بأنْ يقول: واللّه لأذْهَبَنّ إلى موضِعِ كذا، أو لأُسافِرَنّ، أو غيرَهما من الألفاظِ؛ لأنّ اليمينَ لا يَقِفُ انعِقادُها على كونِ المحلوفِ عليه قُرْبةً، بل يَنْعَقِدُ على القُرْبةِ وغيرِها، بخلافِ النَّذْرِ. وإنْ أضافَ إيجابَ شيءٍ من هذه الأفْعالِ إلى المكانِ الذي لا يصحُّ الدُّخولُ فيه بغيرِ إحرامٍ يُنْظَرُ: فإنْ أضافَ إيجابَ ما سِوَى المشْيِ إليه لا يصحُّ، ولا يَلْزَمُه شيءٌ لما ذَكَرنا أنّ التَّحَوُّلَ من مَكان إلى مَكان ليس بقُرْبةٍ في نفسِه وإنْ أضافَ إيجابَ المشْيِ إليه.

فإنْ ذَكَر سِوَى ما ذَكَرْنا من الأمكِنةِ من الكعبةِ وبيتِ اللّه - تعالى - ومَكّةَ وبَكّةَ والمسجِدِ الحرامِ والحرَمِ، بأنْ أوجَبَ على نفسِه المشْيَ إلى الصّفا والمروةِ ومسجِدِ الخيْفِ وغيرِها من المساجِدِ التي في الحرَمِ لا يصحّ نَذْرُه بلا خلافٍ وإنْ ذَكَر الكعبةَ وبيتَ اللّه - عَزّ شَأنُه - أو مَكّةَ أو بَكّةَ، يصحُّ نَذْرُه ويَلْزَمُه حَجّةٌ أو عُمْرةٌ ماشيًا، وإنْ شاء رَكِبَ وذَبَحَ لرُكوبه شاةً، وهذا استِحْسانٌ، والقياسُ أنْ لا يصحّ ولا يَلْزَمُه شيءٌ.

وَجْهُ القياسِ: أنّ من شرطِ صحّةِ النّذْرِ أنْ يكونَ المنذورُ به قُرْبةً مقصودةً، ولا قُرْبةَ في نفسِ المشْيِ، وإنّما القُرْبةُ في الإحرامِ وإنّه ليس بمَذْكورٍ؛ ولهذا لم يصحّ بسائرِ الألفاظِ سِوَى لفظِ المشْيِ.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: أنّ هذا الكلامَ عندَهم كِنايةٌ عن التِزامِ الإحرامِ، يَسْتعمِلونَه لالتِزامِ الإحرامِ بطريقِ الكِنايةِ من غيرِ أنْ يُعْقَلَ فيه وجه الكِنايةِ، بمنزلةِ قولِه: للّه عَلَيّ أنْ أضرِبَ بثَوْبي حَطيمَ الكعبةِ كِنايةً عن التِزامِ الصّدَقةِ باصْطِلاحِهم، والإحرامُ يكونُ بالحجّةِ أو بالعُمْرةِ فيَلْزَمُه أحدُهما بخلافِ سائرِ الألفاظِ، فإنّها ما جَرَتْ عادَتُهم بالتِزامِ الإحرامِ بها، والمُعْتَبَرُ في الباب عُرْفُهم وعادَتُهم، ولا عُرْفَ هناك فيَلْزَمُه ذلك ماشيًا؛ لأنّه التزمَ المشْيَ، وفيه زيادةُ قُرْبةٍ.

قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «مَنْ حَجّ ماشيًا فلَه بكُلِّ خُطوةٍ حَسَنةٌ من حَسَناتِ الحرَمِ»، قِيلَ: وما حَسَناتُ الحرَمِ؟ قال عليه الصلاة والسلام: «واحدةٌ بسَبْعِمائةٍ» (٢)، فجاز التِزامُه

(١) لم أقف عليه.

(٢) ورد حديث «حسنات الحرم» بغير لفظه، أخرجه ابن خزيمة (٤/ ٢٤٤) برقم (٢٧٩١)، ...=

بالنَّذْرِ كصِفةِ التّتابُعِ في الصَّوْمِ، فيمْشي حتّى يَطوفَ طَوافَ الزِّيارةِ؛ لأنّ بذلك يقعُ الفراغُ من أركانِ الحجِّ، إلاّ أنّ له أنْ يَرْكَبَ ويَذْبَحَ لرُكوبه شاةً لما رُوِيَ: أنّ أُخْتَ أبي سَعيدٍ الخُدْريِّ رضي الله عنهما نَذَرَتْ أنْ تَحُجّ ماشيةً، فقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام لأبي سَعيدٍ الخُدْريِّ: «إنّ اللّهَ - تعالى - غَنيٌّ عن تعذيب أُختِكَ مُرْها فلْتَرْكَبْ ولْتُرِقْ دَمًا» [١].

وما رُوِيَ في بعضِ الروايات: أنّ عُقْبةَ بنَ عامرٍ الجُهَنيّ سَألَ رسول اللّه ﷺ فقال: إنّ أُخْتي نَذَرَتْ أنْ تَحُجّ البيتَ ماشيةً غيرَ مُخْتَمِرةٍ، فقال عليه الصلاة والسلام: «إنّ اللّهَ غَنيٌّ عن تعذيب أُختِك فلْتَرْكَبْ ولْتُهْدِ شاةً» [٢] وفي بعضِها أنّ أُخْتَ عُقْبةَ بنِ عامرٍ نَذَرَتْ أنْ تمشيَ إلى بيتِ اللّه - تعالى - حافيةً حاسِرةً، فذَكَرَ ذلك عُقْبةُ لرسولِ اللّه ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: «إنّ اللّهَ تعالى غَنيٌّ عن عَناءِ أُختِكَ مُرْها فلْتَرْكَبْ ولْتُهْدِ شاةً وتُحْرِم إنْ شاءتْ بحَجّةٍ وإنْ شاءتْ بعُمْرةٍ» [٣].

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: مَنْ جعل على نفسِه الحجّ ماشيًا حَجّ ورَكِبَ وذَبَحَ لرُكوبه شاةً رَواه في الأصلِ.

وإنّما استَوَى فيه لفظُ الكعبةِ وبيتِ اللّه ومَكّةَ وبَكّةَ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ من هذه الألفاظِ يُسْتعملُ عندَ استعمالِ الآخَرِ، يُقالُ: فُلانٌ مَشَى إلى بيتِ اللّه وإلى الكعبةِ وإلى مَكّةَ وإلى بَكّةَ، ولا يُقالُ: مَشَى إلى الصّفا والمروةِ، وإنْ ذَكَر المسجِدَ الحرامَ أو الحرَم، قال أبو حنيفةَ رحمه الله: لا يصحُّ نَذْرُه ولا يَلْزَمُه شيءٌ وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ رحمهما الله: يَلْزَمُه حَجّةٌ أو عُمْرةٌ.

=والحاكم في المستدرك (١/ ٦٣١) برقم (١٦٩٢)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٣٣١) برقم (٨٤٢٨)، والطبراني في الكبير (١٢/ ١٠٥) برقم (١٢٦٠٦)، وأورده الهيثمي في المجمع (٣/ ٢٠٩)، وقال الهيثمي: رواه البزار والطبراني في الأوسط والكبير بنحوه وفيه قصة، وله عند البزار إسنادان أحدهما فيه كذاب والآخر فيه إسماعيل بن إبراهيم عن سعيد بن جبير ولم أعرفه وبقية رجاله ثقات.

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الأيمان والنذور، باب: من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية، برقم (٣٢٩٧)، وأحمد برقم (٢٨٣٠)، والدارمي برقم (٢٣٣٥)، وابن حبان (١٠/ ٢٢٩) برقم (٤٣٨٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٧٩)، والطبراني في الكبير (١١/ ٣٤١) برقم (١١٩٤٩)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٣٣١) برقم (٢٤٤٣) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر صحيح سنن أبي داود.

(٢) ينظر ما قبله. (٣) سبق تخريجه.

وَجهُ قولِهما: أنّ الحرَمَ مُشْتَمِلٌ على البيتِ وعلى مَكّةَ فصار كأنّه قال: عَلَيّ المشْيُ إلى بيتِ اللّه وإلى مَكّةَ.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله: أنّ القياسَ أنْ لا يجبَ شيءٌ بإيجاب المشْيِ المُضافِ إلى مَكان ما، لما ذَكَرنا أنّ المشْيَ ليس بقُرْبَةٍ مقصودةٍ، إذْ هو انتِقالٌ من مَكان إلى مَكان، فليس في نفسِه قُرْبَةٌ، ولهذا لا يجبُ بسائرِ الألفاظِ إلاّ أنّا أوجَبنا عليه الإحرامَ في لفظِ المشْيِ إلى بيتِ اللّه أو إلى الكعبةِ أو إلى مَكّةَ أو إلى بَكّةَ للعُرْفِ، حيثُ تَعارَفوا استعمالَ ذلك كِناية عن التِزامِ الإحرامِ، ولم يتعارَفوا استعمالَ غيرِها من الألفاظِ.

الا ترَى انه يُقالُ: مَشَى إلى مَكّةَ والكعبةِ وبيتِ اللّه ولا يُقالُ مَشَى إلى الحرَمِ أو المسجِدِ الحرامِ؟ كما يُقالُ مَشَى إلى الصّفا والمروةِ، والكِنايةُ يُتْبَعُ فيها عَيْنُ اللّفْظِ لا المعنى، بخلافِ المجازِ فإنّه يُراعَى فيه المعنى اللاّزِمُ المشهورُ في مَحَلّ الحقيقةِ؛ لأنّ الكِنايةَ ثابتةٌ بالاصْطِلاحِ كالأسماءِ الموضوعةِ، فيُتّبَعُ فيها العُرْفُ، واستعمالُ اللّفْظِ بخلافِ المجازِ، ولو قال: عَلَيّ المشْيُ إلى بيتِ اللّه وهو يَنْوي مسجِدًا من مساجِدِ اللّه سِوَى المسجِدِ الحرامِ لم يَلْزَمْه شيءٌ؛ لأنّه نَوَى ما يحتملُه لفظُه؛ لأنّ كُلّ مسجِدٍ بيتُ اللّه - تعالى - فصَحّتْ نيّتُه، على أنّ الظّاهرَ: إنْ كانت إرادةُ الكعبةِ من هذا الكلامِ لا غيرَ لكنّ هذا أمرٌ بينه وبين اللّه - تعالى - فيَكتَفي فيه باحتمالِ اللّفْظِ إيّاه في الجملةِ.

ولو قال: أنا أُحْرِمُ أو أنا مُحْرِمٌ أو أُهْدي أو أمشي إلى البيتِ، فإنْ نَوَى به الإيجابَ يكونُ إيجابًا؛ لأنّه يُذْكَرُ ويُرادُ به الإيجابُ، كقولِنا: أشهَدُ أنْ لا إلَهَ إلاّ اللّه أنّه يكونُ تَوْحيدًا، وكَقولِ الشّاهدِ عندَ القاضي: أشهَدُ أنّه يكونُ شهادةً، فقد نَوَى ما يحتملُه لفظُه، وإنْ نَوَى أنْ يَعِدَ من نفسِه عِدةً ولا يوجِبَ شيئًا كان عِدةً ولا شيءَ عليه؛ لأنّ اللّفْظَ يحتملُ العِدةَ؛ لأنّه يُسْتعملُ في العِداتِ. وإنْ لم يكنْ له نيّةٌ فهو على الوعْدِ؛ لأنّه غَلَبَ استعمالُه فيه، فعندَ الإطلاقِ يُحمَلُ عليه.

هذا إذا لم يُعَلّقْه بالشّرطِ، فإنْ عَلّقَه بالشّرطِ بأنْ قال: إنْ فعلْتُ كذا فأنا أُحْرِمُ فهو على الوجوه التي بيّنّا أنّه إنْ نَوَى الإيجابَ يكونُ إيجابًا، وإنْ نَوَى الوعْدَ يكونُ وعْدًا لما قُلْنا، وإنْ لم يكنْ له نيّةٌ فهو على الإيجاب بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ العِداتِ لا تَتَعَلّقُ بالشُّروطِ، وإنّ الواجِباتِ تَتَعَلّقُ بها، فالمعرِفةُ إلى الإيجاب بقَرينةِ التّعليقِ بالشّرطِ ولم

توجَدِ القرينةُ في الفصلِ الأوّلِ فصار الحاصِلُ أنّ هذا اللّفظَ في غيرِ المُعَيّنِ بالشّرطِ على الوعْدِ إلاّ أنْ يَنْويَ به الإيجابَ، وفي المُعَلّقِ يقعُ على الإيجاب إلاّ أنْ يَنْويَ به الوعْدَ.

ولو قال: للّه تعالى عَلَيّ أنْ أنحَرَ ولدي أو أذْبَحَ ولدي يصحُّ نَذْرُه ويَلْزَمُه الهَدْيُ وهو نحرُ البدَنةِ أو ذَبْحُ الشّاةِ، والأفْضَلُ هو الإبلُ ثُمّ البقَرُ ثُمّ الشّاةُ، وإنّما يَنْحَرُ أو يَذْبَحُ في أيّامِ النّحْرِ سَواءٌ كان في الحرَمِ أو لا، وهذا استِحْسانٌ وهو قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله [١] والقياسُ: أنْ لا يصحّ نَذْرُه وهو قولُ أبي يوسُفَ وزُفَرَ والشّافعيِّ رحمهم الله [٢].

وَجهُ القياسِ: أنّه نَذْرٌ بما هو معصيةٌ، والنّذْرُ بالمعاصي غيرُ صَحيحٍ، ولهذا لم يصحّ بلفظِ القتلِ.

وَجهُ الاستِحْسانِ: قولُ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ نَذَرَ أنْ يُطيعَ اللّهَ فلْيُطِعْه**» [٣]، وقولُه عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ نَذَرَ وسَمّى فعليه الوفاءُ بما سَمّى**» [٤]، والمُرادُ من الحديثَيْنِ النّذْرُ بما هو طاعةٌ مقصودةٌ وقُرْبةٌ مقصودةٌ، وقد نَذَرَ بما هو طاعةٌ مقصودةٌ وقُرْبةٌ مقصودةٌ؛ لأنّه نَذْرٌ بذَبْحِ الولدِ تقديرًا بما هو خَلَفٌ عنه وهو ذَبْحُ الشّاةِ، فيصحُّ النّذْرُ بذَبْحِ الولدِ على وجهٍ يُظْهِرُ أثَرَ الوجوب في الشّاةِ التي هي خَلَفٌ عنه، كالشّيخِ الفاني إذا نَذَرَ أنْ يصومَ رَجَبَ أنّه يصحُّ نَذْرُه وتَلْزَمُه الفِدْيةُ خَلَفًا عن الصّوْمِ، ودَليلُ ما قُلْنا الحديثُ وضَرْبٌ من المعقولِ.

امّا الحديثُ: فقولُ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «**أنا ابنُ الذّبيحينِ**» [٥] أرادَ أوّلَ آبائه من العرَبِ وهو سَيِّدُنا إسماعيلُ عليه الصلاة والسلام وآخِرَ آبائه حقيقةً وهو عبدُ اللّه بنُ عبدِ المُطّلِب، سَمّاهما عليه الصلاة والسلام ذَبيحينِ ومعلومٌ أنّهما ما كانا ذَبيحينِ حقيقةً فكانا ذَبيحينِ تقديرًا بطريقِ الخلافةِ لقيامِ الخلَفِ مقامَ الأصلِ.

وامّا المعقولُ: فلأنّ المسلمَ إنّما يقصِدُ بنَذْرِه التّقَرُّبَ إلى اللّه تعالى، إلاّ أنّه عَجَزَ عن

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٨/ ١٣٩)، الاختيار (٣/ ٣٥).
(٢) مذهب الشافعية: أنه لا يصح نذره، ولا يلزمه شيء إذا نذر أن يذبح ولده. انظر: الأم (٧/ ٦٨)، مغني المحتاج (٤/ ٣٧١).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٦٠٩) برقم (٤٠٤٨).

التَّقَرُّب بذَبْحِ الولدِ تَحْقيقًا، فلم يكنْ ذلك مُرادًا من النَّذْرِ، وهو قادِرٌ على ذَبْحِه تقديرًا بذَبْحِ الخلَفِ وهو ذَبْحُ الشَّاةِ فكان هذا نَذْرًا بذَبْحِ الولدِ تقديرًا بذَبْحِ ما هو خَلَفٌ عنه حقيقةً، كالشَّيخِ الفاني إذا نَذَرَ بالصَّوْمِ.

وإنّما لا يصحُّ بلفظِ القتلِ؛ لأنّ التّعْيينَ بالنّذْرِ وقَعَ للواجِب على سَيِّدِنا إبْراهيمَ عليه الصلاة والسلام والواجِبُ هناك بالإيجاب المُضافِ إلى ذَبْحِ الولدِ بقولِه - تعالى عَزّ شَأنُه -: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰ فِي ٱلۡمَنَامِ أَنِّيٓ أَذۡبَحُكَ﴾ [الصافات :١٠٢] على أنّ هذا حُكمٌ ثَبَتَ استِحْسانًا بالشّرعِ، والشّرعُ إنّما ورَدَ بلفظِ الذّبْحِ لا بلفظِ القتلِ، ولا يَسْتَقيمُ القياسُ؛ لأنّ لفظَ القتلِ لا يُسْتعملُ في تَفْويتِ الحياةِ على سبيلِ القُرْبةِ، والذّبْحُ يُسْتعملُ في ذلك.

ألا تَرَى أنّه لو نَذَرَ بقَتْلِ شاةٍ لا يَلْزَمُه، ولو نَذَرَ بذَبْحِها لَزِمَه. ولو نَذَرَ بنحرِ نفسِه لم يُذْكَرْ في ظاهرِ الرّواياتِ.

وذُكِرَ في نَوادِرِ هِشامٍ أنّه على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا، ولو نَذَرَ بنحرِ ولدِ ولدِه ذُكِرَ في شرحِ الآثارِ أنّه على الاختلافِ، ولو نَذَرَ بنحرِ والِدَيْه أو جَدِّه أو جَدّتِه - يصحُّ نَذْرُه عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله، وعندَ الباقينَ لا يصحُّ.

ولو نَذَرَ بذَبحِ عبدِه: عندَ محمّدٍ رحمه الله يصحُّ، وعندَ الباقينَ لا يصحُّ، وإنّما اختلف أبو حنيفةَ ومحمّدٌ فيما بينهما مع اتِّفاقِهما في الولدِ لاختلافِهما في المعنى في الولدِ، فالمعنى في الولدِ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله هو أنّه نَذْرٌ بالتّقرُّب إلى اللّه - تعالى - بذَبْحِ ما هو أعَزُّ الأشياءِ عندَه، وهذا المعنى يوجدُ في الوالِدَيْنِ ولا يوجدُ في العبدِ.

وعندَ محمّدٍ رحمه الله المعنى في الولدِ أنّ النّذْرَ بذَبْحِه تَقَرُّبٌ إلى اللّه - تعالى - بما هو من مَكاسِبِه، والولدُ في معنى المَمْلوكِ له شرعًا.

قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «إنّ أطْيَبَ ما أكل الرّجُلُ من كسْبه»[١] وإنّ ولدَه من

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، برقم (٣٥٢٨)، والنسائي برقم (٤٤٥١)، وابن ماجه برقم (٢١٣٧)، وأحمد برقم (٢٤٤٣٦)، والدارمي برقم (٢٥٣٧)، وابن حبان (١٠/ ٧٤) برقم (٤٢٦١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٣١٢) برقم (٣١٢٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٨٠)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٣/ ٨٤٨) برقم (١٥٠٧)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ١٣٣) برقم (١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٥١٦) برقم (٢٢٦٩٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (٢٢٠٨).

كسْبه، فعَدّى الحُكمَ إلى الممْلوكِ حقيقةً وهو العبدُ وإلى النّفسِ ووَلَدِ ولدِه لكَوْنِهما في معنى الممْلوكِ له، ولم يُعَدِّ إلى الوالِدَيْنِ لانعِدامِ هذا المعنى.

وعلى هذا القياسِ: يَنْبَغي أنْ يصحّ نَذْرُ الجدِّ بذَبْحِ الحافِدِ، وعندَ محمّدٍ لا يصحُّ وَإذا أوجَبَ على نفسِه الهَدْيَ فهو بالخيارِ بين الأشياءِ الثّلاثةِ:

إنْ شاء أهدَي شاةً، وإنْ شاء بقَرةً، وإنْ شاء إبلاً وأفضَلُها أعظَمُها؛ لأنّ اسمَ الهَدْيِ يقعُ على كُلِّ واحدٍ منهم.

ولو أوجَبَ على نفسِه بَدَنةً فهو بالخيارِ بين شيئَيْنِ: الإبلُ والبقَرُ، والإبلُ أفضَلُ؛ لأنّ اسمَ البدانةِ يقعُ على كُلِّ واحدٍ منهما؛ ولو أوجَبَ جَزورًا فعليه الإبلُ خاصّةً؛ لأنّ اسمَ الجزورِ يقعُ عليه خاصّةً، ولا يجوزُ فيهما إلاّ ما يجوزُ في الأضاحيِّ وهو الثّنيُّ من الإبلِ والبقَرِ، والجذَعُ من الضّأنِ إذا كان ضَخْمًا.

ولا يجوزُ ذَبْحُ الهَدْيِ الذي أوجَبَ إلاّ في الحرَمِ لقولِه تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٣٣] ولم يُرِدْ به نفسَ البيتِ بَلِ البُقْعةَ التي هو فيها، وهي الحرَمُ؛ لأنّ الدّمَ لا يُراقُ في البيتِ، والمُرادُ من قولِه تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٢٩] نفسُ البيتِ؛ لأنّه هناك ذَكَرَ الطّوافَ بالبيتِ وههنا أضافَه إلى البيتِ، لذلك افْترَقا؛ ولأنّ الهَدْيَ اسمٌ لما يُهْدَى إلى مَكانِ الهَدايا، ومَكانُ الهَدايا هو الحرَمُ ولا يَحِلُّ له الانتِفاعُ بها ولا بشيءٍ منها إلاّ في حالِ الضّرورةِ، فإنِ اضْطُرّ إلى رُكوبها رَكِبَها، ويَضْمَنُ ما نَقَصَ رُكوبُه عليها، وهذه من مسائلِ المناسِكِ.

ولو أوجَبَ على نفسِه أنْ يُهْديَ مالاً بعَيْنِه، فإنْ كان مِمّا لا يحتملُ الذّبْحَ يَلْزَمُه أنْ يتصَدّقَ به، أو بقيمَتِه على فقراءِ مَكّةَ، وإنْ كان مِمّا يُذْبَحُ ذَبَحَه في الحرَمِ وتَصَدّقَ بلَحمِه على فقراءِ مَكّةَ، ولو تَصَدّقَ به على فقراءِ الكوفةِ جاز كذا ذُكِرَ في الأصلِ.

ولو أوجَبَ بَدَنةً فذَبَحَها في الحرَمِ وتَصَدّقَ على الفقراءِ جاز بالإجماعِ، ولو ذَبَحَ في غيرِ الحرَمِ وتَصَدّقَ باللّحمِ على الفقراءِ جاز عن نَذْرِه في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله، وعندَ أبي يوسُفَ رحمه الله لا يجوزُ.

ولو أوجَبَ جَزورًا فلَه أنْ يَنْحَرَه في الحِلِّ والحرَمِ، ويتصَدّقَ بلَحمِه وهذه من مسائلِ الحجِّ وَلو قال: ما أملِكُ هَدْيٌ أو قال: ما أملِكُ صَدَقةٌ يُمْسِكُ بعضَ مالِه ويُمْضي الباقيَ؛

لأنه أضافَ الهَدْيَ والصَّدَقةَ إلى جميعِ ما يملِكُه فيتناوَلُ كُلَّ جِنْسٍ من جِنْسِ أموالِه، ويتناوَلُ القليلَ والكثيرَ إلاّ أنّه يُمْسِكُ بعضَه؛ لأنّه لو تَصَدّقَ بالكُلِّ لاحتاجَ إلى أنْ يُتَصَدّقَ عليه فيتضَرّرُ بذلك.

وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ابدَأْ بنفسِكَ ثُمّ بمَنْ تعولُ»(١) فكان له أنْ يُمْسِكَ مِقْدارَ ما يعلَمُ أنّه يَكفيه إلى أنْ يَكتَسِبَ، فإذا اكتَسب مالاً تَصَدّقَ بمثلِه؛ لأنّه انتَفَعَ به مع كونِه واجِبَ الإخراجِ عن ملكِه لجِهةِ الصَّدَقةِ، فكان عليه عِوَضُه، كمَنْ أنْفَقَ مالَه بعدَ وجوب الزّكاةِ عليه.

ولو قال: مالي صَدَقةٌ، فهذا على الأموالِ التي فيها الزّكاةُ من الذّهَب والفِضّةِ وعُروضِ التِّجارةِ والسّوائمِ، ولا يدخلُ فيه ما لا زَكاةَ فيه، فلا يَلْزَمُ أنْ يتصَدّقَ بدورِ السُّكنَى وثياب البدَنِ والأثاثِ والعُروضِ التي لا يقصِدُ بها التِّجارةَ والعوامِلَ وأرضَ الخراجِ؛ لأنّه لا زَكاةَ فيها، ولا فرقَ بين مِقْدارِ النِّصاب وما دونَه؛ لأنّه مالُ الزّكاةِ.

ألا تَرَى أنّه إذا انضَمّ إليه غيرُه تجبُ فيه الزّكاةُ، ويُعْتَبَرُ فيه الجِنْسُ لا القدرُ؟ ولهذا قالوا: إذا نَذَرَ أنْ يتصَدّقَ بمالِه وعليه دَيْنٌ مُحيطٌ أنّه يَلْزَمُه أنْ يتصَدّقَ به؛ لأنّه جِنْسُ مالٍ تجبُ فيه الزّكاةُ وإنْ لم تَكنْ واجِبةً، فإنْ قضَى دينَه به لَزِمَه التّصدُّقُ بمثلِه لما ذَكَرنا فيما تَقَدّمَ.

وهذا الذي ذَكَرنا استِحْسانٌ والقياسُ أنْ يدخلَ فيه جميعُ الأموالِ كما في فصلِ الملكِ؛ لأنّ المالَ اسمٌ لما يُتَمَوّلُ كما أنّ الملكَ اسمٌ لما يُمْلَكُ، فيتناوَلُ جميعَ الأموالِ كالملكِ.

وَجهُ الاستِحْسانِ: أنّ النّذْرَ يُعْتَبَرُ بالأمرِ؛ لأنّ الوجوبَ في الكُلِّ بإيجاب اللّه - جَلّ شأنُه - وإنّما وُجِدَ من العبدِ مُباشرةُ السّبَب الدّالِ على إيجاب اللّه تعالى، ثُمّ الإيجابُ المُضافُ إلى المالِ من اللّه - تعالى - في الأمرِ وهو الزّكاةُ في قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة:١٠٣]، وقولِه - عزّ شأنُه -: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾ [المعارج:٢٤] ونحوُ ذلك تَعَلّقَ بنوعٍ دونَ نوعٍ فكذا في النّذْرِ.

وقد قال أبو يوسف رحمه الله: قياسُ قولِ أبي حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - إذا حَلَفَ لا يملِكُ مالاً، ولا نيّةَ له، وليس له مال تجبُ فيه الزّكاةُ يَحْنَثُ؛ لأنّ إطلاقَ اسمِ المالِ لا يتناوَلُ ذلك.

وقال أبو يوسف: ولا أحْفَظُ عن أبي حنيفةَ إذا نَوَى بهذا النّذْرِ جميعَ ما يملِكُ - دارَه

(١) سبق تخريجه.

تدخلُ في نَذْرِه؛ لأنّ اللّفظَ يحتملُه، وفيه تَشْديدٌ على نفسِه، وقال أبو يوسُفَ: ويجبُ عليه أنْ يتصَدّقَ بما دونَ النّصاب ولا أحْفَظُه عن أبي حنيفةَ رحمه الله والوجه ما ذَكَرْنا، وإذا كانت له ثَمَرةٌ عُشْريّةٌ أو غَلّةٌ عُشْريّةٌ تَصَدّقَ بها في قولِهم؛ لأنّ هذا مِمّا يتعَلّقُ به حقُّ اللّه - تعالى - وهو العُشْرُ.

وقال أبو حنيفةَ رحمه الله تعالى: لا تدخلُ الأرضُ في النّذْرِ، وقال أبو يوسُفَ: يتصَدّقُ بها.

لأبي يوسُفَ أنّها من جملةِ الأموالِ النّاميةِ التي يتعَلّقُ حقُّ اللّه - تعالى - بها فتدخلُ في النّذْرِ.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّ حقّ اللّه - تعالى - لا يتعَلّقُ بها، وإنّما يتعَلّقُ بالخارجِ منها فلا تدخلُ.

قال بشرٌ عن أبي يوسفَ: إذا جعل الرّجُلُ على نفسِه أنْ يُطْعِمَ عشرةَ مساكينَ ولم يُسَمِّ فعليه ذلك، فإنْ أطْعَمَ خمسةً لم يُجْزِه؛ لأنّ النّذْرَ يُعْتَبَرُ بأصلِ الإيجاب، ومعلومٌ أنّ ما أوجَبَه يَنْبَغي أنْ يكونَ لعَدَدٍ من المساكينِ لا يجوزُ دَفْعُه إلى بعضِهم إلاّ على التّفريقِ في الأيّامِ فكذا النّذْرُ.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أتَصَدّقَ بهذه الدّراهمِ على المساكينِ فتَصَدّقَ بها على واحدٍ أجزَأه؛ لأنّه يجوزُ دَفْعُ الزّكاةِ إلى مسكينٍ واحدٍ وإنْ كان المذكورُ فيها جميعَ المساكين لقولِ اللّه تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]، كذلك النّذْرُ.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أُطْعِمَ هذا المسكينَ هذا الطّعامَ بعَيْنِه فأعطَى ذلك الطّعامَ غيرَه أجزَأه؛ لأنّ الصّدَقةَ المُتَعَلّقةَ بمالٍ مُتَعَيّنٍ لا يتعَيّنُ فيها المسكينُ؛ لأنّه لَمّا عَيّنَ المالَ صار هو المقصودَ فلا يُعْتَبَرُ تعيينُ الفقيرِ، والأفْضَلُ أنْ يُعْطيَ الذي عَيّنَه.

[**ولو قال:** للّه عَلَيّ أنْ أُطْعِمَ هذا المسكَيْنِ شيئًا سَمّاه ولم يُعَيِّنْه، فلا بُدّ أنْ يُعْطيَه الذي سَمّاه؛ لأنّه إذا لم يُعَيِّنِ المنذورَ صار تعيينُ الفقيرِ مقصودًا، فلا يجوزُ أنْ يُعْطيَ غيرَه] [١].

---

(١) سقط من المطبوع.

ولو قال: للّه عَلَيّ إطعامُ عشرةِ مساكينَ وهو لا يَنْوي أنْ يُطْعِمَ عشرةَ مساكينَ، إنّما نَوَى أنْ يُطْعِمَ واحدًا ما يَكفي عشرةً أجزَأه؛ لأنّ الطّعامَ اسمٌ للمِقْدارِ، فكأنّه أوجَبَ مِقْدارَ ما يُطْعِمُ عشرةً، فيجوزُ أنْ يُطْعِمَ بعضَهم.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أتَصَدّقَ بهذه الدّراهم يومَ يقدَمُ فُلانٌ، ثُمّ قال: إنْ كلّمْتُ فُلانًا فعَلَيّ أنْ أتَصَدّقَ بهذه الدّراهمِ، فكَلّمَ فُلانًا وقَدِمَ فُلانٌ - أجزَأه أنْ يتصَدّقَ بتلك الدّراهمِ عنهما جميعًا، ولا يَلْزَمُه غيرُ ذلك وكذلك الصّيامُ إذا سَمّى يومًا بعَيْنِه؛ لأنّه عَلّقَ وجوبَ شيءٍ واحدٍ بشرطَيْنِ لكُلِّ واحدٍ منهما بحيالِه، فإنْ وُجِدَ الشّرطانِ مَعًا وجَبَتْ بالإيجابينِ جميعًا؛ لأنّ اجتماعَ سببينِ على حُكمٍ واحدٍ جائزٌ، فإنْ وُجِدا على التّعاقُب وجَبَ بالأوّلِ، ولا يتعَلّقُ بالثّاني حُكمٌ.

نَظيرُه إذا قال لعبدِه: إنْ دخلَ زيدٌ هذه الدّارَ فأنتَ حُرٌّ، ثُمّ قال: إنْ دخلَها عَمْرٌو فأنتَ حُرٌّ فإنْ دخلا مَعًا عَتَقَ العبدُ بالإيجابينِ، وإنْ دخلا على التّعاقُب عَتَقَ بالأوّلِ ولا يتعَلّقُ بالثّاني حُكمٌ كذا هذا.

ولو قال: إنْ كلّمْتُ فُلانًا فعَلَيّ أنْ أتَصَدّقَ بهذه الدّراهمِ فكَلّمَ فُلانًا - وجَبَ عليه أنْ يتصَدّقَ بها؛ لأنّه أوجَبَ على نفسِه التّصَدُّقَ بها، فيجبُ عليه ذلك، فإنْ أعطَى ذلك من كفّارةِ يمينِه أو من زَكاةِ مالِه فعليه لنَذْرِه مثلُ ما أعطَى؛ لأنّه لَمّا أعطَى تَعَيّنَ للإخراجِ بجهةِ النّذْرِ، ولم يتعَيّنْ للإخراجِ بجِهةِ الزّكاةِ، فإذا أخرجَه بحقٍّ لم يتعَيّنْ فيه صار مُسْتَهْلِكًا له فيَضْمَنُ مثلَه، كما لو أنْفَقَه بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ مِثالَ الواجِب تَعَيّنَ لكُلِّ واحدٍ عن النّذْرَيْنِ فجاز عنهما.

وَلو قال: إنْ قَدِمَ فُلانٌ فلِلّه عَلَيّ أنْ أصومَ يومَ الخميسِ ثُمّ صامَ يومَ الخميسِ عن قضاءِ رَمَضانَ، أو كفّارةِ يمينٍ أو تَطَوُّعًا فقَدِمَ فُلانٌ يومئِذٍ بعدَ ارْتِفاعِ النّهارِ - فعليه يومٌ مَكانه لقُدوم فُلانٍ؛ لأنّه وجَبَ عليه صومُ ذلك اليومِ عن جِهةِ النّذْرِ، لوجودِ شرطِ وجوبه وهو قُدومُ فُلانٍ فيه؛ فإذا صامَ عن غيرِه فقد مَنَعَ وُقوعَه عن النّذْرِ فصار كأنّه قَدِمَ بعدَما أكل، فيَلْزَمُه صومُ يومٍ آخرَ مَكانه لقُدومِ فُلانٍ، ولو كان أرادَ بهذا القولِ اليمينَ لم يَحْنَثْ في يمينِه؛ لوجودِ شرطِ البرِّ وهو صومُ اليومِ الذي حَلَفَ على صومِه، وجِهاتُ الصّوْمِ لم تَتناوَلْها اليمينُ.

ولو كان قَدِمَ فُلانٌ بعدَ الظُّهرِ لم يكنْ عليه قضاؤُه؛ لأنّه لَمّا قَدِمَ بعدَ الظُّهرِ لم يجبِ الصّوْمُ عن النّذْر، كما لو أنْشأَ النّذْرَ بعدَ الزّوالِ فقال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ هذا اليومَ فلا يجبُ قضاؤُه، وإنْ قَدِمَ فُلانٌ قبل الزّوالِ في يومٍ قد أكل فيه فعليه أنْ يقضيَ؛ لأنّ القُدومَ حَصَلَ في زَمانٍ يصحُّ ابتِداءُ النّذْرِ فيه، وإنّما امتَنَعَ الصّوْمُ لوجودِ المُنافي له وهو الأكلُ، فلا يمْنَعُ صحّةَ النّذْرِ كما لو أوجَبَ ثُمّ أكل.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ الشّهرَ الذي يقدَمُ فيه فُلانٌ، فقَدِمَ في رَمَضانَ فصامَه في رَمَضانَ - أجزأ عن رَمَضانَ، ولا يَلْزَمُه صومٌ آخَرُ بالنّذْرِ؛ لأنّ شهرَ رَمَضانَ في حالِ الصّحّةِ والإقامةِ يتعَيّنُ لصومِه لا يحتملُ غيرَه، فلم يتعَلّقْ بهذا النّذْرِ حُكمٌ، ولا كفّارةَ عليه إنْ كان أرادَ به اليمينَ لتَحقُّقِ البرِّ وهو الصّوْمُ، واليمينُ انعَقَدَتْ على الصّوْمِ دونَ غيره وقد صامَ.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ اليومَ الذي يقدَمُ فيه فُلانٌ شُكرًا للّه تَطَوّعا لقُدومِه، ونَوَى به اليمينَ فصامَه عن كفّارةِ يمينٍ، ثُمّ قَدِمَ فُلانٌ ذلك اليومَ عندَ ارْتِفاعِ النّهارِ - فعليه قضاؤُه والكفّارةُ.

أمّا القضاء: فلأنّه نَذر أنْ يصومَ ذلك اليومَ للقُدومِ وذلك اليومُ غيرُ مُتَعَيّنٍ لصومِ الكفّارةِ، فإذا صامَ عن جِهةٍ يتعَيّنُ الوقتُ لها لَزِمَه القضاءُ.

وأمّا الكفّارة: فلأنّه لم يَحْلِفْ على مُطْلَقِ الصّوْمِ، بل على أنْ يصومَ عن القُدومِ، فإذا صامَ عن غيرِه لم يوجدِ البرُّ فيَحْنَثُ، ولو كان في رَمَضانَ فلا قضاءَ عليه، وعليه الكفّارةُ.

أمّا عدَمُ وجوب القضاءِ: فلأنّ زَمانَ رَمَضانَ يتعَيّنُ لصومِ رَمَضانَ، فلا يصحُّ إيجابُ الصّوْمِ فيه لغيرِه.

وأمّا وجوبُ الكفّارةِ فيه؛ فلأنّه لم يصُم لما حَلَفَ عليه، فلم يوجدِ البرُّ وإنْ صامَه يَنْوي الشُّكرَ على قُدومِ فُلانٍ ولا يَنْوي رَمَضانَ بَرّ في يمينِه وأجزَأه عن رَمَضانَ.

أمّا الجوازُ عن رَمَضانَ: فلأنّ صومَ رَمَضانَ لا يُعْتَبَرُ فيه تعيينُ النّيّةِ، لكَوْنِ الزّمانِ مُتَعَيّنًا له فوَقَعَ عنه.

وأمّا برُّه في يمينِه: فلأنّه حَلَفَ على الصّوْمِ بجِهةٍ، وقد قَصد تلك الجِهةَ إلاّ أنّه وقَعَ عن غيرِه حُكمًا من غيرِ قَصْدٍ.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ هذا اليومَ شهرًا فإنّه يصومُ ذلك اليومَ، حتّى يَسْتَكمِلَ منه ثلاثينَ يومًا فإنّه تَعَذّرَ حَمْلُه على ظاهرِه، إذِ اليومُ الواحدُ لا يوجدُ شهرًا، لأنّه إذا مضى لا يَعودُ ثانيًا، فيُحمَلُ على التِزامِ صومِ اليومِ المُسَمّى بذلك اليوم الذي هو فيه من الاثنَيْنِ أو الخميسِ كُلّما تَجَدّدَ إلى أنْ يَسْتَكمِلَ شهرًا ثلاثينَ يومًا، حَمْلاً للكَلامِ على وجه الصِّحّةِ.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ هذا الشّهرَ يومًا نُظِرَ إلى ذلك الشّهرِ أنّه رَجَبٌ أو شَعْبانُ أو غيرُه، ويصيرُ كأنّه قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ رَجَبًا أو شَعْبانَ في وقتٍ من الأوقاتِ، إذِ الشّهرُ لا يوجدُ في يومٍ واحدٍ، فلا يُمْكِنُ حَمْلُه على ظاهرِه، وقد قَصَدَ تَصْحيحَ نَذْرِه، فيُحمَلُ على وجهٍ يصحُّ وهو حَمْلُ اليومِ على الوقتِ، وقد يُذْكَرُ اليومُ ويُرادُ به مُطْلَقُ الوقتِ، قال اللّه تعالى: ﴿وَتِلْكَ ٱلْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ١٤٠] وقال تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾ [الأنفال: ١٦]، ويُقالُ في العُرْفِ: يومًا لَنا ويومًا علينا على إرادةِ مُطْلَقِ الوقتِ.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ هذا اليومَ غَدًا، فعليه أنْ يصومَ اليومَ الذي قال فيه هذا القول؛ إنْ قال ذلك قبل الزّوالِ وقبل أنْ يتناوَلَ ما يَنْقُضُ صومَه، ويَبْطُلُ قولُه غدًا؛ لأنّه رَكّبَ اسمًا على اسمٍ لا بحَرْفِ النّسَقِ، فبَطَلَ التّرْكيبُ؛ لأنّه يكونُ إيجابَ صومِ هذا اليومِ غدًا، وهذا اليومُ لا يوجدُ في غدٍ، فلا يكونُ الغدُ ظَرْفًا له، بَطَلَ قولُه غدًا وبقيَ قولُه: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ هذا اليومَ، فيُنْظَرُ في ذلك اليومِ، فإنْ كان قابلاً للإيجاب صَحّ، وإلاّ بَطَل بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ اليومَ قد يُعْتَدُّ به عن مُطْلَقِ الوقتِ.

وأمّا الغدُ فلا يصْلُحُ عِبارةً عن مُطْلَقِ الوقتِ، ولا يُعَبّر به إلاّ عن عَيْنِ الغدِ.

ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ غَدًا، اليومَ فعليه أنْ يصومَ غَدًا.

وقوله: اليومَ حَشْوٌ من كلامِه؛ لأنّه أوجَبَ على نفسِه صومَ الغدِ وذلك صَحيحٌ، ولم يصحّ قولُه اليومَ؛ لأنّه رَكّبَه على الغدِ لا بحَرْفِ النّسَقِ فبَطَلَ؛ لأنّ صومَ غَدٍ لا يُتَصَوّرُ وجودُه في اليومِ، فلُغيَ قولُه: اليومَ، وبقيَ قولُه: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ غَدًا.

ولو قال: للّه عَلَيّ صومُ أمسِ غَدًا لم يَلْزَمْه شيءٌ؛ لأنّ أمس لا يُمْكِنُ أنْ يُصامَ فيه؛ لأنّه لا يَعودُ ثانيًا فبَطَلَ الالتِزامُ فيه فلا يَلْزَمُه بقولِه: غَدًا؛ لأنّه لم يوجِبْ صومَ غَدٍ، وإنّما جعل الغدَ ظَرْفًا للأمسِ؛ وأنّه لا يصْلُحُ ظَرْفًا له، فلَغَتْ تَسْميةُ الغدِ أيضًا، والأصلُ في هذا

النّوعِ أنّ اللّفظَ الثّانيَ يَبْطُلُ في الأحْوالِ كُلِّها؛ لما ذَكَرنا؛ وإذا بَطَلَ هذا يُنْظَرُ إلى اللّفْظِ الأوّلِ فإنْ صَلَحَ صَحّ النّذْرُ به وإلاّ بَطَلَ.

وَلو قال: للّه عَلَيّ صومُ كذا كذا يومًا، ولا نيّةَ له - فعليه صومُ أحدَ عشرَ يومًا؛ لأنّه جَمع بين عَدَدَيْنِ مُفْرَدَيْنِ مُجْمَلَيْنِ لا بحَرْفِ النّسَقِ، فانصَرَفَ إلى أقَلِّ عَدَدَيْنِ مُفْرَدَيْنِ يُجْمَعُ بينهما لا بحَرْفِ النّسَقِ وذلك أحدَ عشرَ؛ لأنّ الأقَلّ مُتَيَقّنٌ به، والزّيادةُ مشكوكٌ فيها، وإنْ نَوَى شيئًا فهو على ما نَوَى يومًا كان أو أكثرَ؛ لأنّ حَمْلَ هذا اللّفْظِ على التّكرارِ جائزٌ في اللُّغةِ؛ يُقَالُ: صومُ يومٍ يومٍ ويُرادُ به تكرارُ يومٍ، وإذا جاز هذا فقد نَوَى ما يحتملُه كلامُه فَعُلَتْ نيّتُه.

ولو قال: للّه عَلَيّ صومُ كذا وكذا يومًا، فعليه صومُ أحدٍ وعِشْرينَ يومًا إنْ لم يكنْ له نيّةٌ؛ لأنّه جَمع بين عَدَدَيْنِ مُفْرَدَيْنِ على الإكمالِ بحَرْفِ النّسَقِ، فحُمِلَ على أقَلِّ ذلك، وأقَلُّه أحدٌ وعِشْرونَ يومًا، وإنْ كانت له نيّةٌ فهو على ما نَوَى، واحدًا أو أكثرَ؛ لأنّ هذا مِمّا يحتملُ التّكرارَ، يُقَالُ: صومُ يومٍ يومٍ ويُرادُ به تكرارُ يومٍ واحدٍ.

ولو قال: للّه عَلَيّ صومُ بضْعةَ عشرَ يومًا ولا نيّةَ له كان عليه صومُ ثلاثةَ عشرَ يَومًا؛ لأنّ البِضْعَ عندَ العرَب عِبارةٌ عن ثلاثةٍ فما فوْقَها إلى تَمامِ العقدِ وهو عشرةٌ وعِشْرونَ وثلاثونَ وأربعونَ ونحوُ ذلك؛ فإذا لم يكنْ له نيّةٌ صُرِفَ إلى أقَلِّه وذلك ثلاثةَ عشرَ؛ إذِ الأقَلُّ مُتيَقّنٌ.

وَلو قال: للّه عَلَيّ صومُ سِنينَ فهو على ثلاثِ سِنينَ؛ لأنّ الثّلاثَ مُسْتَحقّةٌ هذا الاسمِ بيقينٍ.

ولو قال: السِّنينَ فهو على عشرِ سِنينَ في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه وعندَهما على الأبَدِ.

ولو قال: عَلَيّ صومُ الشُّهورِ فهو على عشرةِ أشهرٍ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله إذا لم يكنْ له نيّةٌ، وعندَهما على اثنَيْ عشرَ شهرًا، ولو قال صومُ شُهورٍ فهو على ثلاثةِ أشهرٍ بلا خلافٍ، وكذا هذا في الأيّامِ، وأيّامًا مُنكّرًا ومُعَرّفًا، وعندَهما المعروف يقعُ على الأيّامِ السّبْعةِ، وقد ذَكَرْناه في كِتابِ الأيمانِ.

ولو قال: للّه عَلَيّ صومُ جُمَعِ هذا الشّهرِ فعليه صومُ كُلِّ يومِ جمعةٍ في ذلك الشّهرِ إذا لم

يكنْ له نيّةٌ، لأنّ هذا اللّفْظَ يُرادُ به في ظاهرِ العادةِ عَيْنُ يومِ الجمعةِ.

ولو قال: للّه عَلَيّ صومُ أيّامِ الجمعةِ فعليه صومُ سَبْعةِ أيّامٍ؛ لأنّ أيّامَ الجمعةِ سَبْعةٌ في تَعارُفِ النّاسِ.

ولو قال: للّه عَلَيّ صومُ جمعةٍ فإنْ كانت له نيّةٌ فهو على ما نَوَى إنْ نَوَى عَيْنَ يومِ الجمعةِ، أو نَوَى أيّامَها؛ لأنّ ظاهرَ لفظِه يحتملُ كِليهما، وإنْ لم يكنْ له نيّةٌ فهو على أيّامِها؛ لأنّه يُرادُ به في أغْلبِ العاداتِ أيّامُها واللّه - عَزّ شأنُه - أعلَمُ.

وَلو نَذَرَ بقُرْبةٍ مقصودةٍ من صَلاةٍ أو صومٍ، فقال رجلٌ آخَرُ: عَلَيّ مثلُ ذلك يَلْزَمُه وكذا إذا قال عَلَيّ المشْيُ إلى بيتِ اللّه - عَزّ شأنُه -، وكُلُّ مَمْلوكٍ لي حُرٌّ، وكُلُّ امرأةٍ لي طالقٌ إذا دخلتُ الدّارَ، فقال رجلٌ آخَرُ: عَلَيّ مثلُ ذلك إنْ دخلتُ الدّارَ، ثُمّ دخلَ الثّاني الدّارَ فإنّه يَلْزَمُه المشْيُ، ولا يَلْزَمُه العتاقُ والطّلاقُ.

ثُمّ قال: ألا تَرَى أنّه لو قال: عَلَيّ طلاقُ امرأتي فإنّ الطّلاقَ لا يقعُ عليها؟ وهذا يَدُلُّ على أنّ مَنْ قال: الطّلاقُ عَلَيّ واجِبٌ أنّه لا يقعُ طلاقُه.

قال القُدوريُّ رحمه الله: وكان أصحابُنا بالعِراقِ يقولونَ فيمَنْ قال: الطّلاقُ لي لازِمٌ يقعُ الطّلاقُ لعُرْفِ النّاسِ أنّهم يُريدونَ به الطّلاقَ وكان محمّدُ بنُ سَلَمةَ يقولُ: إنّ الطّلاقَ يقعُ بكُلِّ حالٍ.

وحَكَى الفقيه أبو جَعْفَرٍ الهِنْدوانيُّ عن عَلِيِّ بنِ أحمَدَ بنِ نُصَير بنِ يَحْيَى عن محمّدِ بنِ مُقاتِلٍ رحمهم الله أنّه قال: المسألةُ على الخلافِ.

قال أبو حنيفةَ - عليه الرّحمةُ -: إذا قال: الطّلاقُ لي لازِمٌ أو عَلَيّ واجِبٌ - لم يقعْ وقال محمّدٌ: يقعُ في قولِه لازِمٌ ولا يقعُ في قولِه واجِبٌ.

وحَكَى ابنُ سِماعةَ في نَوادِرِه عن أبي يوسُفَ في رجلٍ قال: ألزَمْتُ نفسي طلاقَ امرأتي هذه أو ألزَمْتُ نفسي عِتْقَ عبدي هذا قال: إنْ نَوَى به الطّلاقَ والعتاقَ فهو واقعٌ، وإلاّ لم يَلْزَمْه؛ وكذلك لو قال: ألزَمْتُ نفسي طلاقَ امرأتي هذه إنْ دخلتُ الدّارَ أو عِتْقَ عبدي هذا؛ فدخلَ الدّارَ - وقَعَ الطّلاقُ والعتاقُ إنْ نَوَى ذلك، وإنْ لم يَنْوِ فليس بشيءٍ جَعَلَه بمنزلةِ كِناياتِ الطّلاقِ.

وجه قولِ محمّدٍ - عليه الرّحمةُ -: أنّ الوُقوعَ للعادةِ، والعادةُ في اللُّزومِ؛ لأنّهم يَذْكُرونَه على إرادةِ الإيقاعِ، ولا عادةَ في الإيجاب فلا يقعُ [به] [١] شيءٌ ولأبي يوسُفَ، رحمه الله أنّ الظّاهرَ الإلْزامُ والإيجابُ للنّذْرِ، ويحتملُ أنْ يُرادَ به التِزامُ حُكمِ الطّلاقِ الواقعِ فيَقِفُ على النّيّةِ كسائرِ كِناياتِ الطّلاقِ ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ الطّلاقَ لا يحتملُ الإيجابَ والإلْزامَ؛ لأنّه ليس بقُرْبةٍ فبَطَلَ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ: إذا قال رجلٌ: امرأةُ زيدٍ طالقٌ ثلاثًا ورَقيقُه أحْرارٌ، وعليه المشْيُ إلى بيتِ اللّه - جَلّ شَأنُه - إنْ دخلَ هذه الدّارَ؛ فقال زيدٌ: نَعَم - كان كأنّه قد حَلَفَ بذلك كُلِّه؛ لأنّ نَعَم جَوابٌ لا يَسْتَقِلُّ بنفسِه، فيتضَمّنُ إضْمارَ ما خرج جَوابًا له، كما في قولِه - عَزّ شَأنُه -: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ [الأعراف:٤٤]، تقديرُه: نَعَم وجَدْنا ما وعَدَنا رَبُّنا حقًّا، وكالشُّهودِ إذا قرءوا على المشْهودِ عليه كِتابَ الوثيقةِ، فقالوا: نَشْهَدُ عليك بما فيه؟ فقال: نَعَم إنّ لهم أنْ يَشْهَدوا؛ لأنّ تقديرَه نَعَم اشهَدوا عَلَيّ بما في الكِتاب ولو لم يكنْ قال: نَعَم ولكنّه قال: أجَزْتُ ذلك، فهذا لم يَحْلِفْ على شيءٍ؛ لأنّ قوله: أجَزْتُ ليس بإيجابٍ والتِزامٍ، فلا يَلْزَمُه شيءٌ.

فإنْ قال: قد أجَزْتُ ذلك عَلَيّ إنْ دخلتُ الدّارَ، أو قال: قد ألزَمْتُ نفسي ذلك إنْ دخلتُ الدّارَ، كان لازمًا له؛ لأنّه التزمَ ما قاله، فلَزِمَه. ولو أنّ رجلاً قال: امرأةُ زيدٍ طالقٌ، فقال زيدٌ: قد أجَزْت لَزِمَه الطّلاقُ.

وكذلك لو قال: قد رَضيت ما قال أو ألزَمْتُه نفسي؛ لأنّ هذا ليس بيمينٍ، بل هو إيقاعٌ، فيَقِفُ على الإجازةِ، فأمّا اليمينُ فيَحْتاجُ إلى الالتِزامِ، ليجوزَ على الحالِفِ ويَنْفُذَ عليه، فلا بُدّ من لفظِ الالتِزامِ.

ولو أنّ رجلًا قال: إنْ بعْتُ هذا الممْلوكَ من زيدٍ فهو حُرٌّ؛ فقال زيدٌ: قد أجَزْتُ ذلك أو رَضيت ذلك ثُمّ اشتَراه - لم يعتِقْ؛ لأنّ الحالِفَ أعتَقَ عبدَه بشرطٍ، فوُجِدَ الشّرطُ في غيرِ ملكِه فلم يَحْنَثْ، ولا يتعَلّقُ بالإجازةِ حُكمٌ؛ لأنّ البائعَ لم يوَقِّتِ اليمينَ، وإنّما حَلَفَ في ملكِ نفسِه.

ولو كان البائعُ قال: إنِ اشترى زيدٌ هذا العبدَ فهو حُرٌّ، فقال: نَعَم ثُمّ اشتَراه عَتَقَ عليه،

---

(١) سقط من المطبوع.

لأنّ البائعَ لم يعقِدِ اليمينَ في ملكِ نفسِه، وإنّما أضافَها إلى مُلْكِ المُشْتَري، فصار عاقِدًا ليمينٍ موقوفةٍ، وقد أجازَها مَنْ وُقِفَتْ عليه فتعَلّقَ الحُكمُ بها.

وَقال ابن سِماعةَ عن أبي يوسُفَ: لو أنّ رجلاً طَلّقَ امرأتَه، فقال آخَرُ: عَلَيّ مثلُ ذلك - فإنّ هذا لا يَلْزَمُ الثّانيَ، وكذلك لو قال عَلَيّ مثلُ هذا الطّلاقِ؛ لأنّ قوله: عَلَيّ مثلُ ذلك، إيجابُ الطّلاقِ على نفسِه، والطّلاقُ لا يحتملُ الإيجابَ.

ولو حَلَفَ رجلٌ بطلاقِ امرأتِه لا يدخلُ هذه الدّارَ فقال آخر: عَلَيّ مثلُ ذلك إنْ دخلتُها - فإنْ دخلَها الثّاني، لم يَلْزَمْه طلاقُ امرأتِه؛ لأنّه أوجَبَ على نفسِه الطّلاقَ إنْ دخلَ الدّارَ والطّلاقُ لا يحتملُ الإيجابَ والإلْزامَ؛ لأنّه ليس بقُرْبةٍ، فإنْ أرادَ بهذا الإيجاب اليمينَ فليستْ بطلاقٍ حتّى تطلُقَ، فإنْ لم يفعلْ حتّى مات أحدُهما حَنِثَ؛ لأنّ النّذْرَ إذا أُريد به اليمينُ صار كأنّه قال: لأُطَلِّقَنّها ولو قال ذلك لا يَحْنَثُ حتّى يموتَ أحدُهما كذا هذا.

ولو قال: عبدي هذا حُرٌّ إنْ دخلتُ هذه الدّارَ، فقال آخَرُ: عَلَيّ مثلُ ذلك إنْ دخلتُ هذه الدّارَ، فدخلَ الثّاني - لم يعتِقْ عبدُه؛ لأنّه أوجَبَ على نفسِه بدُخولِ الدّارِ عِتْقًا غيرَ مُعَيّنٍ، فكان له أنْ يَخْرُجَ منه بشراءِ عبدٍ يعتِقُه فلا يتعَلّقُ العتقُ بعَبيدِه الموجودينَ لا مَحالةَ، وإذا لم يتعَلّقْ بهم لا يَلْزَمُه عِتْقٌ في ذِمّتِه؛ لأنّه لو لَزِمَه لم يكنْ ذلك مثلَ ما فعلَه الحالِفُ.

ولو أنّ رجلًا قال: للّه عَلَيّ نَسَمةٌ إنْ دخلتُ هذه الدّارَ، فقال آخَرُ: عَلَيّ مثلُ ذلك إنْ دخلتُ - فهذا لازِمٌ للأوّلِ ولازِمٌ للثّاني؛ أيُّهما دخلَ لَزِمَه نَسَمةٌ؛ لأنّ الأوّلَ أوجَبَ عِتْقًا في ذِمّتِه، وذلك مِمّا يجبُ بالنّذْرِ.

وإذا أوجَبَ آخر مثلَه وجَبَ عليه، بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ ثَمّةَ ما أوجَبَ العتقَ بل عَلّقَ، فلا يكونُ على الثّاني إيجابٌ؛ لأنّه ليس بمثلٍ.

ولو قال: كُلُّ مالي هَدْيٌ وقال: آخَرُ وعَلَيّ مثلُ ذلك - فعليه أنْ يُهْديَ جميعَ مالِه، سَواءٌ كان أقَلّ من مالِ الأوّلِ أو أكثَرَ؛ إلاّ أنْ يعنيَ مثلَ قدرِه فيَلْزَمُه مثلُ ذلك، إنْ كان مالُ الثّاني أكثَرَ، وإنْ كان مالُ الثّاني أقَلّ يَلْزَمُه في ذِمّتِه تَمامُ مالِ الأوّلِ؛ لأنّ مُطْلَقَ الإيجاب يُضافُ إلى هَدْيِ جميعِ مالِه كما أوجَبَ الأوّلُ، فإذا أرادَ القدرَ فقد نَوَى ما يحتملُه الكلامُ، فيُحمَلُ عليه.

فإنْ قال رجلٌ: كُلُّ مالٍ أملِكُ إلى سَنةٍ فهو هَدْيٌ، فقال آخَرُ: عَلَيّ مثلُ ذلك - لم يَلْزَمْه

شيءٌ؛ لأنّ الثّانيَ لم يُضِفِ الهَدْيَ إلى الملكِ، فلا تَثْبُتُ الإضافةُ بالإضمارِ. واللّه - عزّ شأنُه - أعلَمُ.

ومنها: أنْ يكونَ المنذورُ به إذا كان مالاً مَمْلوكَ النّاذِرِ وقتَ النّذْرِ، أو كان النّذْرُ مُضافًا إلى الملكِ، أو إلى سبب الملكِ، حتّى لو نَذَرَ بهَدْيِ ما لا يملِكُه، أو بصَدَقةِ ما لا يملِكُه للحالِ - لا يصحُّ، لقولِه عليه الصلاة والسلام: «لا نَذْرَ فيما لا يملِكُه ابنُ آدَمَ»[1] إلاّ إذا أضافَ إلى الملكِ، أو إلى سبب الملكِ بأنْ قال: كُلُّ مالٍ أملِكُه فيما أستقبلُ فهو هَدْيٌ، أو قال فهو صَدَقةٌ، أو قال: كُلّما اشتريْته أو أرِثُه فيصحُّ عندَ أصحابنا خلافًا للشّافِعيّ رحمه الله[2].

والصّحيحُ قولُنا؛ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِى قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُۥ بِمَآ أَخْلَفُوا۟ ٱللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا۟ يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة ٧٥-:٧٧] دلّتِ الآيةُ الشّريفةُ على صحّةِ النّذْرِ المُضافِ؛ لأنّ النّاذِرَ بنَذْرِه عاهَدَ اللّهَ تعالى الوفاءَ بنَذْرِه، وقد لَزِمَه الوفاءُ بما عَهِدَ، والمُؤاخَذةُ على تَرْك الوفاءِ به، ولا يكونُ ذلك إلاّ في النّذْرِ الصّحيحِ.

ومنها: أنْ لا يكونَ مَفْروضًا ولا واجِبًا، فلا يصحُّ النّذْرُ بشيءٍ من الفرائضِ سَواءٌ كان فرضَ عَيْنٍ كالصّلَواتِ الخمْسِ وصوم رَمَضانَ، أو فرضَ كِفايةٍ كالجِهادِ وصَلاةِ الجِنازةِ، ولا بشيءٍ من الواجِباتِ سَواءٌ كان عَيْنًا كالوِتْرِ وصَدَقةِ الفِطْرِ والعُمْرةِ والأُضْحيّةِ، أو على سبيلِ الكِفايةِ كتَجْهيزِ الموتَى وغُسْلِهم ورَدِّ السّلامِ ونحوِ ذلك؛ لأنّ إيجابَ الواجِب لا يُتَصَوّرُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ الرُّكنِ فخُلوُّه عن الاستثناءِ فإنْ دخلَه أبْطَلَه.

فصل [في حكم النذر]

وأمّا حُكمُ النّذْرِ فالكلامُ فيه في مواضِعَ.

الأوّل: في بيانِ أصلِ الحُكمِ.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مذهب الشافعية: لو قال: مالي صدقة. ففيه أوجه: أحدها: أنه لغو، والثاني: يلزمه التصدق كما لو قال: لله عليّ أن أتصدق بمالي، والثالث: يصير ماله صدقة. انظر: روضة الطالبين (٣/ ٢٩٧).

والثاني: في بيانِ وقتِ ثُبوتِه.

والثالث: في بيانِ كيْفيّةِ ثُبوتِه.

أمّا أصلُ الحكمِ: فالنّاذِرُ لا يَخْلو من أنْ يكونَ نَذَرَ وسَمّى، أو نَذَرَ ولم يُسَمِّ، فإنْ نَذَرَ وسَمّى فحُكمُه وجوبُ الوفاءِ بما سَمّى، بالكِتاب العزيزِ والسُّنّةِ والإجماعِ والمعقولِ. أمّا الكِتابُ الكريمُ فقولُه - عَزّ شأنُه -: ﴿وَلْيُوفُوا۟ نُذُورَهُمْ﴾ [الحج:٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسراء:٣٤]، وقولُه - سبحانه -: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ﴾ [النحل:٩١]، والنّذْرُ نوعُ عهدٍ من النّاذِرِ مع اللّه - جَلّ وعَلا - فيَلْزَمُه الوفاءُ بما عَهِدَ، وقولُه - جَلّتْ عظَمَتُه - ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة:١] أي العُهودِ، وقولُه - عَزّ شأنُه -: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿بِمَآ أَخْلَفُوا۟ ٱللَّهَ مَا وَعَدُوهُ﴾ [التوبة ٧٥-:٧٧] ألزم الوفاءَ بعهدِه حيثُ أوعَدَ على تَرْكِ الوفاءِ.

وأمّا السُّنّةُ: فقولُ النّبيِّ ﷺ: «**مَنْ نَذَرَ أنْ يُطيعَ اللّهَ تعالى فلْيُطِعْه**» [(١)]، وقولُه ﷺ: «**مَنْ نَذَرَ وسَمّى فعليه الوفاءُ بما سَمّى**» [(٢)]، وعلى كلِمةُ إيجابٍ، وقولُه ﷺ: «**المسلمونَ عندَ شُروطِهم**» [(٣)]، والنّاذِرُ شرَطَ الوفاءَ بما نَذَرَ فيَلْزَمُه مُراعاةُ شرطِه، وعليه إجماعُ الأُمّةِ.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ المسلمَ يَحْتاجُ إلى أنْ يتقرّبَ إلى اللّه - سبحانه وتعالى - بنوعٍ من القُرَبِ المقصودةِ التي له رُخصةُ تَرْكِها لما يتعَلّقُ [(٤)] به من المُعاقَبةِ الحميدةِ، وهي نَيْلُ الدّرَجاتِ العُلى، والسّعادةُ العُظْمَى في دارِ الكرامةِ، وطَبْعُه لا يُطاوِعُه على تَحْصيلِهِ، بل يمْنَعُه عنه؛ لما فيه من المضَرّةِ الحاضِرةِ وهي المشَقّةُ، ولا ضَرورةَ في التّرْكِ فيَحْتاجُ إلى اكتِساب سببٍ يُخْرِجُه عن رُخصةِ التّرْكِ، ويُلْحِقُه بالفرائضِ الموَظّفةِ، وذلك يَحْصُلُ بالنّذْرِ؛ لأنّ الوجوبَ يَحمِلُه على التّحْصيلِ؛ خَوْفًا من مَضَرّةِ التّرْكِ فيُحَصِّلُ مقصودَه، فثَبَتَ أنّ حُكمَ النّذْر الذي فيه تَسْميةٌ هو وجوبُ الوفاءِ بما سَمّى.

وسَواءٌ كان النّذْرُ مُطْلَقًا أو مُقيّدًا أو مُعلّقًا بشرطٍ بأنْ قال: إنْ فعلْت كذا فعَلَيّ للّه حَجٌّ

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الأيمان والنذور، باب: النذر فيما لا يملك...، برقم (٦٧٠٠)، وأبو داود، برقم (٣٢٨٩)، والترمذي، (١٥٢٦)، والنسائي، (٣٨٠٦)، وابن ماجه، (٢١٢٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) كذا، ولعلها: «العاقبة».

أو عُمْرةٌ أو صومٌ أو صَلاةٌ أو ما أشبَهَ ذلك من الطّاعاتِ، حتّى لو فعَلَ ذلك يَلْزَمُه الذي جَعَلَه على نفسِه، ولم يُجْزِ عنه كفّارةٌ، وهذا قولُ أصحابنا رضي الله عنهم.

وقال الشافعيُّ رحمه الله: إنْ عَلّقَه بشرطٍ يُريدُ كونَه لا يَخْرُجُ عنه بالكفّارةِ، كما إذا قال: إنْ شَفَى اللّه مَريضي، أو إنْ قَدِمَ غائبي - فعَلَيّ كذا، وإنْ عَلّقَه بشرطٍ لا يُريدُ كونَه بأنْ قال: إنْ كلّمْتُ فُلانًا، أو قال: إنْ دخلتُ الدّارَ فلِلّه عَلَيّ كذا - يَخْرُجُ عنه بالكفّارةِ، وهو بالخيارِ إنْ شاء وفّى بالنّذْرِ، وإنْ شاء كفّرَ وأصحابُ الشّافعيِّ رحمه الله يُسَمّونَ هذا يمينَ الغضْب.

ورَوَى عامِرٌ عن عَليِّ بنِ معبَد عن محمّدٍ رحمهم الله: أنّه رَجَعَ عن ذلك وقال يُجْزِئُ فيه كفّارةُ اليمينِ ورَوَى عبدُ اللّه بنُ المُبارَكِ وغيرُه عن أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّه يُجْزيه كفّارةُ اليمينِ.

ورُوِيَ أنّ أبا حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - رَجَعَ إلى [1] الكفّارةِ في آخِرِ عُمُرِه، فإنّه رُوِيَ عن عبدِ العزيزِ بنِ خالِدٍ أنّه قال: قرأت على أبي حنيفةَ رحمه الله كِتابَ الأيمانِ، فلَمّا انتَهَيْت إلى هذه المسألةِ قال: قِفْ فإنّ من رأيي أنْ أرجِعَ إلى الكفّارةِ، قال: فخرجْت حاجًّا فلَمّا رَجَعْتُ وجَدْتُ أبا حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - قد مات، فأخبَرَني الوليدُ بنُ أبانَ أنّ أبا حنيفةَ رَجَعَ عن الكفّارةِ.

والمسألةُ مُخْتَلِفةٌ بين الصّحابةِ - رضي الله عنهم - رُوِيَ عن عَليٍّ وعبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهم أنّ عليه الوفاءَ بما سَمّى، وعن سَيِّدِنا عُمَرَ وعبدِ اللّه ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ وسَيِّدَتِنا عائشةَ وسَيِّدَتِنا حَفْصةَ رضي الله عنهم أنّ عليه الكفّارةَ.

واحتَجّ مَنْ قال بوجوب الكفّارةِ بقولِه - جَلّتْ عَظَمَتُه -: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة:٨٩] وقولِه - جلّ شَأنُه -: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] وهذا يمينٌ؛ لأنّ اليمينَ بغيرِ اللّه - تعالى جَلّ شَأنُه - شرطٌ وجَزاءٌ، وهذا كذلك.

ورُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «النّذْرُ يمينٌ وكَفّارَتُه كفّارةُ اليمينِ» [2]، وهذا نصٌّ،

---

(١) وفي نسخة «عن».

(٢) أخرجه مسلم، كتاب: النذر، باب: في كفارة النذر، برقم (١٦٤٥)، وأبو داود، كتاب: الأيمان والنذور، باب: من نذر نذرًا لم يسمه، برقم (٣٣٢٣)، والترمذي برقم (١٥٢٨)، والنسائي برقم (٣٨٣٢)، وأحمد برقم (١٦٨٥٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٤٥)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٢٧٣)

ولأنّ هذا في معنى اليمينِ باللّه - تعالى جَلّ شَأنُه -؛ لأنّ المقصِدَ من اليمينِ باللّه - تعالى - الامتِناعُ من المحلوفِ عليه، أو تَحصيلُه خَوْفًا من لُزومِ الحِنْثِ، وهذا موجودٌ ههنا؛ لأنّه إنْ قال: إنْ فعَلْت كذا فعَلَيّ حَجّةٌ، فقد قَصَدَ الامتِناعَ من تَحصيلِ الشّرطِ، وإنْ قال: إنْ لم أفعَلْ كذا فعَلَيّ حَجّةٌ، فقد قَصَدَ تَحصيلَ الشّرطِ، وكُلُّ ذلك خَوْفًا من الحِنْثِ فكان في معنى اليمينِ باللّه - تعالى - فتَلزَمُه الكفّارةُ عندَ الحِنْثِ.

ولنا: قولُه - جَلّ شأنُه -: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَـٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ﴾ [التوبة: ٧٥] الآيةَ، وغيرُها من نُصوصِ الكِتاب العزيزِ والسُّنّةِ المُقْتَضيةِ لوجوب الوفاءِ بالنّذْرِ عامًّا مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين المُطْلَقِ والمُعَلّقِ بالشّرطِ، والوفاءُ بالنّذْرِ هو فعلُ ما تَناوَلَه النّذْرُ لا الكفّارةُ؛ ولأنّ الأصلَ اعتِبارُ التّصَرُّفِ على الوجه الذي أوقَعَه المُتَصَرِّفُ تَنجيزًا كان أو تَعليقًا بشرطٍ؛ والمُتَصَرِّف أوقَعَه نَذْرًا عليه عندَ وجودِ الشّرطِ وهو إيجابُ الطّاعةِ المذكورةِ لا إيجابُ الكفّارةِ.

واحتَجّ أبو يوسُفَ رحمه الله في ذلك وقال: القولُ بوجوب الكفّارةِ يُؤَدّي إلى وجوب القليلِ بإيجاب الكثيرِ، ووجوب الكثيرِ بإيجاب القليلِ؛ لأنّه لو قال: إنْ فعَلْتُ كذا فعَلَيّ صومُ سَنةٍ، أو إطعامُ ألفِ مسكينٍ - لَزِمَه صومُ ثلاثةِ أيّامٍ، أو إطعامُ عشرةِ مساكينَ.

ولو قال: إنْ فعَلْت كذا فعَلَيّ صومُ يومٍ، أو إطعامُ مسكَيْنٍ - لَزِمَه إطعامُ عشرةِ مساكينَ أو صومُ ثلاثةٍ، ولا حُجّةَ لهم بالآيةِ الكريمةِ؛ لأنّ المُرادَ بها اليمينُ باللّه - عَزّ شَأنُه -؛ لأنّ اللّهَ - تعالى - أثْبَتَ باليمينِ المعقودةِ ما نَفاه بيمينِ اللّغْوِ بقولِه - تعالى جَلّتْ كِبْرياؤُه -: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩]، والمُرادُ من النّفي اليمينُ باللّه - تعالى - كذا في الإثباتِ، والحديثُ محمولٌ على النّذْرِ المُبْهَمِ تَوْفيقًا بين الدّلائلِ، صيانةً لها عن التّناقُضِ.

وأما قولُهم: إنّ هذا في معنى اليمينِ باللّه - تعالى - مَمْنوعٌ بأنّ النّذْرَ المُعَلّقَ بالشّرطِ صَريحٌ في الإيجاب عندَ وجودِ الشّرطِ، واليمينُ باللّه - تعالى - ليس بصَحيحٍ في الإيجاب، وكذا الكفّارةُ في اليمينِ باللّه - تعالى - تجبُ جَبْرًا لهَتْكِ حُرْمةِ اسمِ اللّه - عَزّ اسمُه - الحاصِلِ بالحِنْثِ، وليس في الحِنْثِ ههنا هَتْكُ حُرْمةِ اسمِ اللّه تعالى، وإنّما فيه

برقم (٧٤٧)، والروياني في مسنده (١/ ١٥٨) برقم (١٨٢) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.

إيجابُ الطّاعةِ، فلم يكنْ في معنى اليمينِ باللّه - تعالى - .

ثُمّ الوفاءُ بالمنذورِ به نفسِه حقيقةً، إنّما يجبُ عندَ الإمكانِ، فأمّا عندَ التّعذُّرِ فإنّما يجبُ الوفاءُ به تقديرًا بخَلَفِه؛ لأنّ الخلَفَ يقومُ مقامَ الأصلِ، كأنّه هو، كالتُّراب حالَ عَدَمِ الماءِ، والأشهرُ حالَ عَدَمِ الإقراءِ، حتّى لو نَذَرَ الشّيخُ الفاني بالصّوْمِ، يصحُّ نَذْرُه، وتَلْزَمُه الفِدْيةُ؛ لأنّه عاجِزٌ عن الوفاءِ بالصّوْمِ حقيقةً فيَلْزَمُه الوفاءُ به تقديرًا بخَلَفِه، ويصيرُ كأنّه صامَ.

وعلى هذا يُخَرّجُ أيضًا النّذْرُ بذَبْحِ الولدِ، أنّه يصحُّ عندَ أبي حنيفةَ - رحمه الله - ومحمّدٍ رحمه الله ويجبُ ذَبْحُ الشّاةِ؛ لأنّه إنْ عَجَزَ عن تَحْقيقِ القُرْبةِ بذَبْحِ الولدِ حقيقةً لم يعجِزْ عن تَحْقيقِها بذَبْحِه تقديرًا بذَبْحِ خَلَفه وهو الشّاةُ، كما في الشّيخِ الفاني إذا نَذَرَ بالصّوْمِ.

وأمّا وجوبُ الكفّارةِ عندَ فواتِ المنذورِ به إذا كان مُتعَيّنًا [1]، بأنْ نَذَرَ صومَ شهرٍ بعَيْنِه، ثُمّ أفطرَ فهل هو من حُكمِ النّذْرِ؟

فجملةُ الكلامِ فيه: أنّ النّاذِرَ لا يَخْلو إمّا إنْ قال ذلك ونَوَى النّذْرَ ولم يَخْطُرْ ببالِه اليمينُ أو نَوَى النّذْرَ ونَوَى أنْ لا يكونَ يمينًا، أو لم يَخْطُرْ ببالِه شيءٌ لا النّذْرُ ولا اليمينُ، أو نَوَى اليمينَ ولم يَخْطُرْ ببالِه النّذْرُ، أو نَوَى اليمينَ ونَوَى أنْ لا يكونَ نَذْرًا، أو نَوَى النّذْرَ واليمينَ جميعًا فإنْ لم يَخْطُرْ ببالِه شيءٌ لا النّذْرُ ولا اليمينُ، أو نَوَى النّذْرَ ولم يَخْطُرْ ببالِه اليمينُ، أو نَوَى النّذْرَ ونَوَى أنْ لا يكونَ يمينًا - يكونُ نَذْرًا بالإجماعِ.

وإنْ نَوَى اليمينَ ونَوَى أنْ لا يكونَ نَذْرًا يكونُ يمينًا ولا يكونُ نَذْرًا بالاتّفاقِ، وإنْ نَوَى اليمينَ ولم يَخْطُرْ ببالِه النّذْرُ، أو نَوَى النّذْرَ واليمينَ جميعًا - كان نَذْرًا ويمينًا في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ يكونُ يمينًا ولا يكونُ نَذْرًا، والأصلُ عندَ أبي يوسُفَ: لا يُتَصَوّرُ أنْ يكونَ الكلامُ الواحدُ نَذْرًا ويمينًا، بل إذا بقيَ نَذْرًا لا يكونُ يمينًا، وإذا صار يمينًا لم يَبْقَ نَذْرًا وعندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله يجوزُ أنْ يكونَ الكلامُ الواحدُ نَذْرًا ويمينًا.

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ: أنّ الصّيغةَ للنّذْرِ حقيقةً وتحتَمِلُ اليمينَ مَجازًا لمُناسَبةٍ بينهما

(١) وفي نسخة: «معينًا».

بكَوْنِ [١] كُلِّ واحدٍ منهما سببًا لوجوب الكفِّ عن فعلٍ، أو الإقدام عليه، فإذا بقيَتِ الحقيقةُ مُعْتَبَرةً لم يَثْبُتِ المجازُ، وإذا انقلَبَ مَجازًا لم تَبْقَ الحقيقةُ؛ لأنّ الكلامَ الواحدَ لا يشتمِلُ على الحقيقةِ والمجازِ لما بينهما من التّنافي، إذِ الحقيقةُ من الأسامي ما تَقرّرَ في المحَلِّ الذي وُضِعَ له، والمجازُ ما جاوَزَ مَحَلّ وضْعِه وانتقَلَ عنه إلى غيرِه لضَرْب مُناسَبةٍ بينهما، ولا يُتَصَوّرُ أنْ يكونَ الشّيءُ الواحدُ في زَمانٍ واحدٍ مُتقرِّرًا في مَحلِّه، ومُنْتقِلاً عنه إلى غيرِه.

ولهما: أنّ النّذْرَ فيه معنى اليمينِ؛ لأنّ النّذْرَ وُضِعَ لإيجاب الفعلِ مقصودًا تعظيمًا للّه تعالى، وفي اليمينِ وجوبُ الفعلِ المحلوفِ عليه، إلاّ أنّ اليمينَ ما وُضِعَتْ لذلك، بل لتَحْقيقِ الوعْدِ والوعيدِ، ووجوبُ الفعلِ لضَرورةِ تَحقُّقِ الوعْدِ والوعيدِ لا أنّه يَثْبُتُ مقصودًا باليمينِ، لأنّها ما وُضِعَتْ لذلك، وإذا كان وجوبُ الفعلِ فيها لغيرِه لم يكنِ الفعلُ واجِبًا في نفسِه، ولهذا تَنْعَقِدُ اليمينُ في الأفعالِ كُلِّها، واجِبةً كانت أو محظورةً أو مُباحةً، ولا يَنْعَقِدُ النّذْرُ إلاّ فيما للّه - تعالى - من جِنْسِه إيجابٌ، ولهذا لم يصحّ اقْتِداءُ النّاذِرِ بالنّاذِرِ لتَغايُرِ الواجِبينِ؛ لأنّ صَلاةَ كُلِّ واحدٍ منهما وجَبَتْ بنَذْرِه، فتَتَغايَرُ الواجِباتُ، ولم يصحّ الاقْتِداءُ، ويصحُّ اقْتِداءُ الحالِفِ بالحالِفِ؛ لأنّ المحلوفَ عليه إذا لم يكنْ واجِبًا في نفسِه كان في نفسِه نَفْلاً كأنِ اقْتَدَى المُتَنَفِّلُ بالمُتَنَفِّلِ فصَحّ.

وإذا ثبَتَ أنّ المنذورَ واجِبٌ في نفسِه، والمحلوفَ واجِبٌ لغيرِه، فلا شَكّ أنّ ما كان واجِبًا في حقِّ نفسِه كان في حقِّ غيرِه واجِبًا، فكان معنى اليمينِ - وهو الوجوبُ لغيرِه - موجودًا في النّذْرِ، فكان كُلُّ نَذْرٍ فيه معنى اليمينِ، إلاّ أنّه لا يُعْتَبَرُ لوُقوعِ النِّسْبةِ بوجوبه في حقِّ نفسِه عن وجوبه في حقِّ غيرِه، فإذا نَواه فقد اعتبَرَه فصار نَذْرًا ويمينًا، وبه تَبيّنَ أنّ ليس هذا من باب الجمْعِ بين الحقيقةِ والمجازِ في لفظٍ واحدٍ؛ لأنّ المجاز ما جاوَزَ مَحَلّ الحقيقةِ إلى غيرِه لنوعِ مُناسَبةٍ بينهما، وهذا ليس من هذا القبيلِ بل هو من جَعْلِ ما ليس بمُعْتَبَرٍ في مَحَلِّ الحقيقةِ مع وجودِه وتَقرُّرِه مُعْتَبَرًا بالنِّسْبةِ، فلم يكنْ من باب المجازِ.

والدّليلُ على أنّه يجوزُ اشتمالُ لفظٍ واحدٍ على معنَيَيْنِ مُخْتَلِفين كالكِتابةِ، والإعتاقِ على مالٍ - أنّ كُلّ واحدٍ منهما يشتمِلُ على معنى اليمينِ، ومعنى المُعاوَضةِ على ما ذَكرنا

---

(١) في المخطوط: «يكون».

في كِتاب العتاقِ والمكاتِب.

وأمّا النَّذْرُ الذي لا تَسْمية فيه فحُكمُه وجوبُ ما نَوَى إنْ كان النّاذِرُ نَوَى شيئًا سَواءٌ كان مُطْلَقًا عن شرطٍ، أو مُعَلّقًا بشرطٍ، بأنْ قال: للّه عَلَيّ نَذْرٌ أو قال: إنْ فعَلْت كذا فلِلّه عَلَيّ نَذْرٌ، فإنْ نَوَى صومًا أو صَلاةً أو حَجًّا أو عُمْرةً، لَزِمَه الوفاءُ به في المُطْلَقِ للحالِ، وفي المُعَلّقِ بالشّرطِ عندَ وجودِ الشّرطِ، ولا تُجْزيه الكفّارةُ في قولِ أصحابنا على ما بيّنّا، وإنْ لم تَكُنْ له نيّةٌ فعليه كفّارةُ اليمينِ، غيرَ أنّه إنْ كان مُطْلَقًا يَحْنَثُ للحالِ، وإنْ كان مُعَلّقًا بشرطٍ يَحْنَثُ عندَ الشّرطِ، لقولِه عليه السلام: «النّذْرُ يمينٌ وكَفّارَته كفّارةُ اليمينِ» (١)، والمُرادُ منه النّذْرُ المُبْهَمُ الذي لا نيّةَ للنّاذِرِ فيه، وسَواءٌ كان الشّرطُ الذي عَلّقَ به هذا النّذْرَ مُباحًا أو معصيةً، بأنْ قال: إنْ صُمْتُ أو صَليتُ فلِلّه عَلَيّ نَذْرٌ - ويجبُ عليه أنْ يُحَنِّثَ نفسَه، ويُكَفِّرَ عن يمينِه لقولِه عليه الصلاة والسلام: «مَن حَلَفَ على يمينٍ فرأى غيرَها خَيرًا منها فلْيأتِ الذي هو خَيرٌ، ولْيُكفِّرْ عن يمينِه» (٢). ولو نَوَى في النّذْرِ المُبْهَم صيامًا ولم يَنْوِ عَدَدًا؛ فعليه صيامُ ثلاثةِ أيّامٍ في المُطْلَقِ للحالِ، وفي المُعَلّقِ إذا وُجِدَ الشّرطُ، وإنْ نَوَى طعامًا ولم يَنْوِ عَدَدًا؛ فعليه طعامُ عشرةِ مساكينَ لكُلِّ مسكينٍ نصفُ صاعٍ من حِنْطةٍ؛ لأنّه لو لم يكنْ له نيّةٌ لَكان عليه كفّارةُ اليمينِ؛ لما ذَكَرنا أنّ النّذْرَ المُبْهَمَ يمينٌ، وأنّ كفّارَته كفّارةُ يمينٍ [بالنّصّ] (٣)، فلَمّا نَوَى به الصّيامَ انصَرَفَ إلى صيامِ الكفّارةِ، وهو صيامُ ثلاثةِ أيّامٍ، وانصَرَفَ الإطعامُ إلى طعامِ الكفّارةِ، وهو إطعامُ عشرةِ مساكينَ.

---

(١) انظر ما قبله.

(٢) ورد الحديث بلفظه وورد كذلك بروايات أخرى بألفاظ مشابهة، أما ما ورد بلفظه، فأخرجه مسلم، كتاب: الأيمان، باب: ندب من حلف يمينًا فرأى غيرها خيرًا منها برقم (١٦٥٠)، والترمذي، كتاب النذور والأيمان، باب: ما جاء في الكفارة قبل الحنث برقم (١٥٣٠)، وأحمد، برقم (٨٥١٧)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٢٦)، برقم (٤٧٢٢)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٣٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. كما أخرجه مسلم، كتاب الأيمان، باب: ندب من حلف يمينًا فرأى غيرها خيرًا منها، برقم (١٦٥١)، والنسائي، كتاب: الأيمان والنذور، باب: الكفارة بعد الحنث، برقم (٣٧٨٥)، وابن ماجه، برقم (٢١٠٨)، وأحمد برقم (١٧٧٨٠)، والدارمي برقم (٢٣٤٥)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٩٦) برقم (٢٢٩)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ١٣٨) برقم (١٠٢٧)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٣٧) برقم (١٣٦)، والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٣١٠) برقم (٥١٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٨١) برقم (١٢٣٠١) من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه.

وللحديث شواهد في الصحيح عن غير واحد من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

(٣) سقط من المطبوع.

ولو قال: للّه عَلَيّ صَدَقةٌ، فعليه نصفُ صاعٍ.

ولو قال: للّه عَلَيّ صومٌ فعليه صومُ يومٍ؛ ولو قال: للّه عَلَيّ صَلاةٌ، فعليه رَكعَتانِ؛ لأنّ ذلك أدنى ما ورَدَ الأمرُ به، والنّذْرُ يُعْتَبَرُ بالأمرِ فإذا لم يَنْوِ شيئًا يَنْصَرِفُ إلى أدنى ما ورَدَ به الأمرُ في الشّرعِ.

وأمّا وقتُ ثبوتِ هذا الحُكمِ: فالنّذْرُ لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ مُطْلَقًا، وإمّا أنْ يكونَ مُعَلّقًا بشرطٍ أو مُقَيّدًا بمَكانٍ أو مُضافًا إلى وقتٍ، والمنذورُ لا يَخْلو أمّا أنْ كان قُرْبةً بَدَنيّةً كالصّوْمِ والصّلاةِ، وأمّا أنْ كان ماليّةً كالصّدَقةِ.

فإنْ كان النّذْرُ مُطْلَقًا عن الشّرطِ والمكانِ والزّمانِ، فوقتُ ثُبوتِ حُكمِه وهو وجوبُ المنذورِ به هو وقتُ وجودِ النّذْرِ، فيجبُ عليه في الحالِ مُطْلَقًا عن الشّرطِ والمكانِ والزّمانِ، لأنّ سببَ الوجوب وُجِدَ مُطْلَقًا، فيَثْبُتُ الوجوبُ مُطْلَقًا.

وإنْ كان مُعَلّقًا بشرطٍ نحوَ أنْ يقول: إنْ شَفَى اللّه مَريضي، أو إنْ قَدِمَ فُلانٌ الغائبُ فلِلّه عَلَيّ أنْ أصومَ شهرًا، أو أُصَلّيَ رَكعَتَيْنِ، أو أتَصَدّقَ بدرهمٍ، ونحوَ ذلك فوقتُه وقتُ الشّرطِ، فما لم يوجدِ الشّرطُ لا يجبُ بالإجماعِ، ولو فعَلَ ذلك قبل وجودِ الشّرطِ يكونُ نَفْلًا؛ لأنّ المُعَلّقَ بالشّرطِ عُدِمَ قبل وجودِ الشّرطِ، وهذا لأنّ تَعليقَ النّذْرِ بالشّرطِ هو إثباتُ النّذْرِ بعدَ وجودِ الشّرطِ كتَعليقِ الحُرّيّةِ بالشّرطِ إثباتُ الحُرّيّةِ بعدَ وجودِ الشّرطِ، فلا يجبُ قبل وجودِ الشّرطِ، لانعِدامِ السّبَب قبله وهو النّذْرُ فلا يجوزُ تقديمُه على الشّرط؛ لأنّه يكونُ أداءً قبل الوجوب وقبلَ وجودِ سببِ الوجوب، فلا يجوزُ كما لا يجوزُ التّكفيرُ قبل الحِنْثِ؛ لأنّه شرَطَ أنْ يُؤَدّيَه بعدَ وجودِ الشّرطِ، فيَلْزَمُه مُراعاةُ شرطِه لقولِه: عليه الصلاة والسلام: «المسلمونَ عندَ شُروطِهم»[1] وإنْ كان مُقَيّدًا بمَكانٍ بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أُصَلّيَ رَكعَتَيْنِ في موضِعِ كذا، أو أتَصَدّقَ على فقراءِ بَلَدِ كذا - يجوزُ أداؤُه في غيرِ ذلك المكانِ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ رحمهم الله، وعندَ زُفَرَ رحمه الله لا يجوزُ إلاّ في المكانِ المشْروطِ.

وَجْهُ قولِه: أنّه أوجَبَ على نفسِه الأداءَ في مَكان مَخْصوصٍ، فإذا أدّى في غيرِه لم يكنْ مُؤَدّيًا ما عليه، فلا يَخْرُجُ عن عُهْدةِ الواجِب؛ ولأنّ إيجابَ العبدِ يُعْتَبَرُ بإيجاب اللّه

(١) سبق تخريجه.

تعالى، [وما أوجَبَه اللّه - تعالى -] [١] مُقَيّدًا بمَكانٍ لا يجوزُ أداؤُه في غيرِه كالنّحْرِ في الحرَمِ والوُقوفِ بعَرَفةَ، والطّوافِ بالبيتِ، والسّعْيِ بين الصّفا والمروةِ كذا ما أوجَبَه العبدُ.

ولنا: أنّ المقصودَ والمُبْتَغى من النّذْرِ هو التّقرُّبُ إلى اللّه - عزّ وجَلّ -، فلا يدخلُ تحت نَذْرِه إلاّ ما هو قُرْبةٌ، وليس في عَيْنِ المكانِ وإنّما هو مَحَلُّ أداءِ القُرْبةِ فيه، فلم يكنْ بنفسِه قُرْبةً فلا يدخلُ المكانُ تحت نَذْرِه، فلا يتقَيّدُ به فكان ذِكرُه والسُّكوتُ عنه بمنزلةٍ.

وإنْ كان مُضافًا إلى وقتٍ بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ رَجَبًا [٢]، أو أُصَلّيَ رَكعَتَيْنِ يومَ كذا، أو أتَصَدّقَ بدرهمٍ في يومِ كذا - فوقتُ الوجوب في الصّدَقةِ هو وقتُ وجودِ النّذْرِ في قولِهم جميعًا، حتّى يجوزَ تقديمُها على الوقتِ بلا خلافٍ بين أصحابنا.

واختُلِفَ في الصّوْمِ والصّلاةِ، قال أبو يوسُفَ: وقتُ الوجوب فيهما وقتُ وجودِ النّذْرِ، وعندَ محمّدٍ - عليه الرّحمةُ - وقتُ مَجيءِ الوقتِ حتّى يجوزَ تقديمُه على الوقتِ في قولِ أبي يوسُفَ، ولا يجوزُ في قولِ محمّدٍ رحمه الله.

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ النّذْرَ إيجابُ ما شُرِعَ في الوقتِ نَفْلاً، ألا تَرَى أنّ النّذْرَ بما ليس بمشروعٍ نَفْلاً وفي وقتٍ لا يُتَصَوّرُ، كصومِ الليلِ وغيرِه لا يصحُّ؟ والنّاذِرُ أوجَبَ على نفسِه الصّوْمَ في وقتٍ مَخصوصٍ، فلا يجبُ عليه قبل مَجيئِه، بخلافِ الصّدَقةِ؛ لأنّها عِبادةٌ ماليّةٌ لا تَعلُّقَ لها [٣] بالوقتِ؛ بل بالمالِ فكان ذِكرُ الوقتِ فيه لَغْوًا، بخلافِ العِبادةِ البدَنيّةِ.

وَجهُ قولِ أبي يوسُفَ: أنّ الوجوبَ ثابتٌ قبل الوقتِ المُضافِ إليه النّذْرُ، فكان الأداءُ قبل الوقتِ المذكورِ أداءً بعدَ الوجوب فيجوزُ.

والدّليلُ على تَحقُّقِ الوجوب قبل الوقتِ المُعَيّنِ وجهانِ:

أحدُهما: أنّ العِباداتِ واجِبةٌ على الدّوامِ بشرطِ الإمكانِ وانتِفاءِ الحرَجِ بالنُّصوصِ والمعقولِ.

أمّا النُّصوصُ فقولُه - عَزّ شأنُه -: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱرْكَعُوا۟ وَٱسْجُدُوا۟ وَٱعْبُدُوا۟

---

(١) ليست في النسخة.

(٢) في المطبوع: «رجب».

(٣) في المطبوع: «بها».

رَبَّكُمْ [وَافْعَلُوا الْخَيْرَ] (١)﴾ [الحج: ٧٧] وقوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا﴾ [النساء: ٣٦] ونحوُ ذلك.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ العِبادةَ ليستْ إلاّ خدمةَ المولى؛ وخدمةُ المولى على العبدِ مُسْتَحقّةٌ، والتَبرُّعُ من العبدِ على المولى مُحالٌ، والعُبوديّةُ دائمةٌ فكان وجوبُ العِبادةِ عليه دائمًا؛ ولأنّ العِباداتِ وجَبَتْ شُكرًا للنِّعْمةِ، والنِّعْمةُ دائمةٌ، فيجبُ أنْ يكونَ شُكرُها دائمًا حَسْبَ دَوامِ النِّعْمةِ، إلاّ أنّ الشّرعَ رَخّصَ للعبدِ تَرْكَها في بعضِ الأوقاتِ، فإذا نَذَرَ فقد اختارَ العزيمةَ، وترك الرُّخْصةَ، فيَعودُ حُكمُ العزيمةِ كالمُسافِرِ إذا اختارَ صومَ رَمَضانَ فصامَ، سَقَطَ عنه الفرضُ؛ لأنّ الواجِبَ عليه هو الصّوْمُ، إلاّ أنّه رُخِّصَ له تَرْكُه لعُذْرِ السّفَرِ، فإذا صامَ فقد اختارَ العزيمةَ وتَرَكَ الرُّخْصةَ فعادَ حُكمُ العزيمةِ، لهذا المعنى كان الشُّروعُ في نَفْلِ العِبادةِ اللُّزومَ في الحقيقةِ بما ذَكَرنا من الدّلائلِ بالشُّروعِ، إلاّ أنّه لَمّا شرَعَ فقد اختارَ العزيمةَ وتَرَكَ الرُّخَصَ، فعادَ حُكمُ العزيمةِ كذا في النّذْر.

والثاني: أنّه وُجِدَ (٢) سببُ الوجوب للحالِ وهو النّذْر، وإنّما الأجَل تَرْفيةٌ يُتَرَفّه به في التّأخيرِ، فإذا عَجّلَ فقد أحْسَنَ في إسقاطِ الأجَلِ فيجوزُ كما في الإقامةِ في حقِّ المُسافِرِ لصومِ رَمَضانَ، وهذا لأنّ الصّيغةَ صيغةُ إيجابٍ، أعني قوله: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ والأصلُ في كُلِّ لفظٍ موجودٍ في زَمانِ اعتِبارِه فيه فيما يقتَضيه في وضْعِ اللُّغةِ، ولا يجوزُ إبْطالُه ولا تَغْييرُه إلى غيرِ ما وُضِعَ له إلاّ بدَليلٍ قاطِعٍ أو ضَرورةٍ داعيةٍ.

ومعلومٌ أنّه لا ضَرورةَ إلى إبْطال هذه الصّيغةِ، ولا إلى تَغْييرِها، ولا دَليلَ سِوَى ذِكرِ الوقتِ، وأنّه مُحْتَمَلٌ قد يُذْكَرُ للوجوب فيه، كما في باب الصّلاةِ، وقد يُذْكَرُ لصحّةِ الأداءِ كما في الحجِّ والأُضْحيّةِ، وقد يُذْكَرُ للتّرْفيه والتّوْسِعةِ كما في وقتِ الإقامةِ للمُسافِرِ، والحوْلِ في باب الزّكاةِ، فكان ذِكرُ الوقتِ في نفسِه مُحْتَمِلاً، فلا يجوزُ إبْطالُ صيغةِ الإيجاب الموجودِ للحالِ مع الاحتمالِ، فبقيَتِ الصّيغةُ موجِبةً وذِكرُ الوقتِ للتّرْفيه والتّوْسِعةِ؛ كيْ لا يُؤَدّيَ إلى إبْطال الثّابتِ بيَقينٍ إلى أمرٍ مُحْتَمَلٍ، وبه تَبيّنَ أنّ هذا ليس بإيجاب صومِ رَجَبٍ عَيْنًا؛ بل هو إيجابُ صومٍ مُقَدّر (٣) بالشّهرِ، أيّ شهرٍ كان، فكان

---

(١) سقط من النسخة القديمة..

(٢) في المطبوع: «وجه».

(٣) في المطبوع: «مقدور».

ذِكرُ رَجَبٍ لتقريرِ الواجِب لا للتّعْيينِ، فأيُّ شهرٍ اتّصَلَ الأداءُ به تَعَيّنَ ذلك الشّهرُ للوجوب فيه، وإنْ لم يَتّصِلْ به الأداءُ إلى رَجَبٍ تَعَيّنَ رَجَبٌ، لوجوب الأداءِ فيه، فكان تعيينُ كُلِّ شهرٍ قبل رَجَبٍ باتّصالِ الأداءِ به، وتعيينُ رَجَبٍ بمَجيئِه قبل اتّصالِ الأداءِ بشهرٍ قبله كما في باب الصّلاةِ أنّها تجبُ في جزءٍ من الوقتِ غيرِ مُعَيّنٍ [١]. وإنّما يتعَيّنُ الوجوبُ بالشُّروعِ إنْ شرَعَ فيها، وإنْ لم يشرعْ إلى آخِرِ الوقتِ تَعَيّنَ آخِرُ الوقتِ للوجوب وهو الصّحيحُ من الأقاويلِ على ما عُرِفَ في أُصولِ الفقه، وكَما في النّذْرِ المُطْلَقِ عن الوقتِ، وسائرِ الواجِباتِ المُطْلَقةِ عن الوقتِ من قضاءِ رَمَضانَ والكفّارةِ وغيرِهما، أنّها تجبُ في مُطْلَقِ الوقتِ في غيرِ تعيينٍ [٢]، وإنّما يتعَيّنُ الوجوبُ إمّا باتّصالِ الأداءِ به، وإمّا بآخِرِ العُمُرِ إذا صار إلى حالٍ لو لم يُؤَدّ لَفاتَ بالموتِ.

وأمّا كيفيّةُ ثبوتِه: فالنّذْرُ لا يَخْلو إمّا أنْ أُضيفَ إلى وقتٍ مُبْهَمٍ، وإمّا أنْ أُضيفَ إلى وقتٍ مُعَيّنٍ.

فإنْ أُضيفَ إلى وقتٍ مُبْهَمٍ بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ شهرًا ولا نيّةَ له، فحُكمُه هو حُكمُ الأمرِ المُطْلَقِ عن الوقتِ.

واختلف أهلُ الأُصولِ في ذلك أنّ حُكمَه وجوبُ الفعلِ على الفوْرِ أم على التّراخي، حَكَى الكَرْخيُّ رحمه الله عن أصحابنا أنّه على الفوْرِ.

ورَوَى ابنُ شُجاعٍ البلْخيّ عن أصحابنا أنّه يجبُ وجوبًا موَسّعًا، فظَهَرَ الاختلافُ بين أصحابنا في الحجِّ، فعندَ أبي يوسُفَ يجبُ على الفوْرِ، وعندَ محمّدٍ على التّراخي.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - مثلُ قولِ أبي يوسُفَ.

وقال عامّةُ مَشايِخنا بما وراءَ النّهرِ: إنّه على التّراخي، وتَفْسيرُ الواجِب على التّراخي عندَهم أنّه يجبُ في جزءٍ من عُمُرِه غيرِ مُعَيّنٍ [٣] وإليه خيارُ التّعْيينِ، ففي أيِّ وقتٍ شرَعَ فيه تَعَيّنَ ذلك الوقتُ للوجوب، وإنْ لم يشرعْ يتضَيّقِ الوجوبُ في آخِرِ عُمُرِه إذا بقيَ من آخِرِ عُمُرِه قدرُ ما يُمْكِنُه الأداءُ فيه بغالِب ظَنّه، حتّى لو مات قبل الأداءِ يأثَمُ بتَرْكِه، وهو الصّحيحُ؛ لأنّ الأمرَ بالفعلِ مُطْلَقٌ عن الوقتِ، فلا يجوزُ تقييدُه إلاّ بدَليلٍ، فكذلك النّذْرُ؛

(١) في المطبوع: «عين».
(٢) في المطبوع: «عين».
(٣) في المطبوع: «عين».

لأنّ النُّصوصَ المُقْتَضيةَ لوجوب الوفاءِ بالنّذْرِ مُطْلَقةٌ عن الوقتِ، فلا يجوزُ تقييدُها إلاّ بدَليلٍ.

وكذا سببُ الوجوب وهو النّذْرُ وُجِدَ مُطْلَقًا عن الوقتِ، والحُكمُ يَثْبُتُ على وفْقِ السّبَب، فيجبُ عليه أنْ يصومَ شهرًا من عُمُرِه غيرَ مُعَيّنٍ [١]، وخيارُ التّعْيينِ إليه إلى أنْ يَغْلِبَ على ظَنّه الفوْتُ [٢] لو لم يصُم فيَضيقُ الوقتُ حينئذٍ.

وكذا حُكمُ الاعتِكاف المُضافِ إلى وقتٍ مُبْهَم، بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرًا، ولا نيّةَ له، وهذا بخلافِ اليمينِ بالكلامِ، بأنْ قال: واللّه لا أُكَلِّمُ فُلانًا شهرًا؛ أنّه يتعَيّنُ الشّهرُ الذي يَلي اليمينَ.

وكذا الإجارةُ بأنْ أجّرَ [٣] داره، أو عبدَه شهرًا، فإنّه يتعَيّنُ الشّهرُ الذي يَلي العقدَ؛ لأنّه أضافَ النّذْرَ إلى شهرٍ مُنْكَرٍ، والصّرْفُ إلى الشّهرِ الذي يَلي النّذْرَ يُعَيِّنُ المُنْكَرَ، ولا يجوزُ تعيينُ المُنْكَرِ إلاّ بدَليلٍ هو الأصلُ، وقد قامَ دَليلُ التّعْيينِ في باب اليمينِ والإجارةِ؛ لأنّ غَرَضَ الحالِفِ مَنْعُ نفسِه عن الكلامِ، والإنسانُ إنّما يمْنَعُ نفسَه عن الكلامِ مع غيرِه؛ لإهانَتِه والاستخفافِ به لداعٍ يَدْعوه إلى ذلك الحالِ.

والإجارةُ تَنْعَقِدُ للحاجةِ إلى الانتِفاعِ بالمُسْتأجَرِ، والحاجةُ قائمةٌ عَقيبَ العقدِ، فيتعَيّنُ الزّمانُ المُتَعَقِّبُ للعِقْدِ لثُبوتِ حُكمِ الإجارةِ، ويجوزُ تعيينُ المُبْهَمِ عندَ قيامِ الدّليلِ المُعَيِّنِ، ولو نَوَى شهرًا مُعَيّنًا صَحّتْ نيّتُه؛ لأنه نَوَى ما يحتملُه لفظُه، وفيه تَشْديدٌ عليه.

ثُمّ في النّذْرِ المُضافِ إلى وقتٍ مُبْهَمٍ إذا عَيّنَ شهرًا للصّوْمِ فهو بالخيارِ:

إنْ شاء تابَعَ، وإنْ شاء فرّقَ، بخلافِ الاعتِكاف أنّه إذا عَيّنَ شهرًا للاعتِكاف فلا بُدّ وأنْ يعتَكِفَ مُتَتابعًا في النّهارِ واللّيالي جميعًا؛ لأنّ الإيجابَ في النّوعَيْنِ حَصَلَ مُطْلَقًا عن صِفةِ التّتابُعِ، إلاّ أنّ في ذات الاعتِكاف ما يوجِبُ التّتابُعَ، وهو كونُه لَبْثًا على الدّوامِ فكان مبناه على الاتّصالِ، واللّيالي والنُّهُرُ قابلةٌ لذلك، فلا بُدّ من التّتابُعِ ومبنَى الصّوْمِ ليس على التّتابُعِ بل على التّفريقِ لما بين كُلِّ يومَيْنِ ما لا يصْلُحُ له وهو الليلُ، فبقيَ له الخيارُ.

وإنْ أُضيف إلى وقتٍ مُعَيّنٍ بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ غدًا يجبُ عليه صومُ الغدِ

---

(١) في المطبوع: «عين».

(٢) في المطبوع: «الفوات».

(٣) في المطبوع: «آجر».

وجوبًا مُضَيّقًا، ليس له رُخْصةُ التّأخيرِ من غيرِ عُذْرٍ.

وكذا إذا قال: للّه عَلَيّ صومُ رَجَبٍ فلم يصُم فيما سبقَ من الشُّهورِ على رَجَبٍ حتّى هَجَمَ رَجَبٌ لا يجوزُ له التّأخيرُ من غيرِ عُذْرٍ؛ لأنّه إذا لم يصُم قبله حتّى جاءَ رَجَبٌ تَعَيّنَ رَجَبٌ لوجوب الصّوْمِ فيه على التّضْييقِ، فلا يُباحُ له التّأخيرُ.

ولو صامَ رَجَبًا وأفْطرَ منه يومًا لا يَلْزَمُه الاستقبالُ، ولكنّه يقضي ذلك اليوم من شهرٍ آخرَ، بخلافِ ما إذا قال: للّه عَلَيّ أنْ أصومَ شهرًا مُتَتابعًا، أو قال: أصومَ شهرًا ونَوَى التّتابُعَ فأفْطرَ يومًا - أنّه يَسْتقبلُ؛ لأنّ هناك أوجَبَ على نفسِه صومًا موصوفًا بصِفةِ التّتابُعِ، وصَحّ الإيجابُ؛ لأنّ صِفةَ التّتابُعِ زيادةُ قُرْبةٍ لما يَلْحقُه بمُراعاتِها من زيادةِ مَشَقّةٍ، وهي صِفةٌ مُعْتَبَرةٌ شرعًا ورَدَ الشّرعُ بها في كفّارةِ القتلِ، والظِّهارِ، والإفطارِ، واليمينِ عندَنا، فيصحُّ التِزامُه بالنّذْرِ، فيَلْزَمُه كما التزمَ، فإذا ترك فلم يأتِ بالمُلْتزمِ؛ فيَسْتقبلُ كما في صومِ كفّارةِ الظِّهارِ والقتلِ.

فأمّا ههنا فما أوجَبَ على نفسِه صومًا مُتَتابعًا، وإنّما وجَبَ عليه التّتابُعُ لضَرورةِ تَجاوُرِ الأيّامِ؛ لأنّ أيّامَ الشّهرِ مُتَجاوِرةٌ، فكانت مُتَتابعةً فلا يَلْزَمُه إلاّ قضاءُ ما أفْطرَ، كما لو أفْطرَ يومًا من رَمَضانَ لا يَلْزَمُه إلاّ قضاؤُه، وإنْ كان صومُ شهرِ رَمَضانَ مُتَتابعًا لما قُلْنا كذا هذا.

ولأنّا لو ألْزَمْناه الاستقبالَ لَوَقَعَ أكثرُ الصّوْمِ في غيرِ ما أُضيفَ إليه النّذْرُ، ولو أتَمّ وقضَى يومًا لَكان مُؤَدّيًا أكثرَ الصّوْمِ في الوقتِ المُعَيّنِ، فكان هذا أولى.

ولو أفْطرَ رَجَبًا كُلّه قضَى في شهرٍ آخرَ؛ لأنّه فوّتَ الواجِبَ عن وقتِه فصار دَيْنًا عليه، والدّيْنُ مقضيٌّ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ ولهذا وجَبَ قضاءُ رَمَضانَ إذا فاتَ عن وقتِه؛ ولأنّ الوجوبَ عندَ النّذْرِ بإيجاب اللّه - عَزّ شأنُه - فيُعْتَبَرُ بالإيجاب المُبْتَدَأ وما أوجَبَه اللّه - تعالى عَزّ شأنُه - على عِبادِه ابتِداءً لا يَسْقُطُ عنه إلاّ بالأداءِ أو بالقضاءِ كذا هذا واللّه - تعالى عَزّ شأنُه - أعلَمُ.

* * *

كتاب الكفارات



كتاب الكفارات

الكلامُ في الكفّاراتِ في مواضِعَ:

في بيانِ أنواعِها.

وفي بيانِ وجوب كُلِّ نوعٍ.

وفي بيانِ كيْفيّةِ وجوبه.

وفي بيانِ شرطِ وجوبه.

وفي بيانِ شرطِ جَوازِه.

أمّا الأوّل: فالكفّاراتُ المعهودةُ في الشّرعِ خمسةُ أنواعٍ:

كفّارةُ اليمينِ، وكَفّارةُ الحلْقِ، وكَفّارةُ القتلِ، وكَفّارةُ الظِّهارِ، وكَفّارةُ الإفطارِ.

والكُلُّ واجِبةٌ إلاّ أنّ أربعةً منها عُرِفَ وجوبُها بالكِتاب العزيزِ، وواحدةٌ منها عُرِفَ وجوبُها بالسُّنّةِ.

أمّا الأربعةُ التي عُرِفَ وجوبُها بالكِتاب العزيزِ: فكَفّارةُ اليمينِ وكَفّارةُ الحلْقِ وكَفّارةُ القتلِ وكَفّارةُ الظِّهارِ، قال اللّه - تعالى عزّ شأنُه - في كفّارةِ اليمينِ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة:٨٩] والكفّارةُ في عُرْفِ الشّرعِ اسمٌ للواجِب.

وقال - جَلّ شَأنُه - في كفّارةِ الحلْقِ: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦]، أيّ فعليه فِدْيةٌ من صيامٍ أو صَدَقةٍ أو نُسُكٍ.

وقال تعالى في كفّارةِ القتلِ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ

يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ تَوۡبَةً مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾ [النساء:٩٢] أي فعليه تحريرُ رَقَبةٍ مُؤْمِنةٍ وعليه ذلك وعليه صومُ شهرَيْنِ مُتَتابعَيْنِ؛ لأنّ صيغَتَه وإنْ كانت صيغةَ الخبَرِ لكنْ لو حُمِلَ على الخبَرِ لأدّى إلى الخُلْفِ في خَبَرِ مَنْ لا يحتملُ خَبَرُه الخُلْفَ، فيُحمَلُ على الإيجاب، والأمرُ بصيغةِ الخبَرِ كثيرُ النّظيرِ في القرآنِ، قال اللّه - تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي ليُرْضِعْنَ، وقال عَزّ شَأنُه: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] أي ليترَبّصْنَ، ونحوُ ذلك.

وقال اللّه - تعالى - في كفّارةِ الظِّهارِ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة:٣] إلى قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ﴾ [المجادلة:٤]، أي فعليهم ذلك لما قُلْنا.

وأمّا كفارةُ الإفطارِ: فلا ذِكرَ لها في الكِتاب العزيزِ وإنّما عُرِفَ وجوبُها بالسّنةِ وهو ما رُوِيَ: أنّ أعرابيًّا جاءَ إلى رسولِ اللّه ﷺ وقال: يا رسول اللّه هَلَكتُ وأهلَكتُ، فقال له رسولُ اللّه ﷺ: «ماذا صَنَعتَ؟» فقال: واقَعْتُ امرأتي في شهرِ رَمَضانَ مُتَعمِّدًا، فقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «أعتِقْ رَقَبةً»، قال: ليس عندي ما أعتِقُ، فقال له عليه الصلاة والسلام: «صُم شهرَيْنِ مُتَتابعَيْنِ»، قال: لا أستَطيعُ، فقال له عليه الصلاة والسلام: «أطعِم سِتّينَ مسكينًا»، فقال: لا أجِدُ ما أُطْعِمُ، فأمر رسولُ اللّه ﷺ بعِرْقٍ فيه خمسةَ عشرَ صاعًا من تمرٍ فقال: «خُذها وفرِّقْها على المساكينِ»، فقال: أعلى أهلِ بيتٍ أحْوَجَ مِنّي، واللّه ما بين لابَتَي المدينةِ أحدٌ أحْوَجُ مِنّي ومن عيالي، فقال له النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «كُلْها وأطعِم عيالَك تُجزيك ولا تُجزي أحدًا بعدَك»[1].

وفي بعضِ الرِّواياتِ: أنّ الأعرابيّ لَمّا قال ذلك تَبَسّمَ رسولُ اللّه ﷺ حتّى بَدَتْ نَواجِذُه ثُمّ قال عليه الصلاة والسلام: «كُلْها وأطعِم عيالَك تُجزيك ولا تُجزي أحدًا بعدَك»[2] فقد أمر عليه الصلاة والسلام بالإعتاقِ ثُمّ بالصّوْمِ ثُمّ بالإطعامِ، ومُطْلَقُ الأمرِ محمولٌ على الوجوب واللّه عزّ شأنُه أعلَمُ.

---

(١) أخرجه أبو الحسين في «معجم الصحابة»، (١/ ٦٩).
(٢) أورده الزيلعي في نصب الراية (٢/ ٤٥٣).

فصل [في كيفية الوجوب]

وأمّا بيانُ كيْفيّةِ وجوب هذه الأنواعِ: فلِوجوبها كيْفيّتانِ:

إحداهما: أنّ بعضَها واجِبٌ على التّعْيينِ مُطْلَقًا، وبعضَها على التّخْييرِ مُطْلَقًا، وبعضَها على التّخْييرِ في حالٍ والتّعْيينِ في حالٍ.

أمّا الأوّل: فكَفّارةُ القتلِ والظِّهارِ والإفطارِ؛ لأنّ الواجِبَ في كفّارةِ القتلِ التّحريرُ على التّعْيينِ، لقولِه عزّ شأنُه: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾ إلى قولِه جلّ شأنُه: ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ﴾ [النساء:٩٢] والواجِبُ في كفّارةِ الظِّهارِ والإفطارِ ما هو الواجِبُ في كفّارةِ القتلِ وزيادةُ الإطعامِ إذا لم يَسْتَطِعِ الصّيامَ، لقولِه عزّ شأنُه: ﴿فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ﴾ [المجادلة:٤]، وكذا الواجِبُ في كفّارةِ الإفطارِ لما رَوَيْنا من الحديثِ. وأمّا الثّاني: فكفّارةُ الحلْقِ لقولِه عزّ شأنُه ﴿فَفِدۡيَةٞ مِّن صِيَامٍ أَوۡ صَدَقَةٍ أَوۡ نُسُكٖۚ﴾ [البقرة:١٩٦].

وأمّا الثّالِث: فهو كفّارةُ اليمينِ لأنّ الواجِبَ فيها أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ باختيارِه فعلاً غيرَ عَيْنٍ، وخيارُ التّعْيينِ إلى الحالِفِ يُعَيِّنُ أحدَ الأشياءِ الثّلاثةِ باختيارِه فعلاً، وهذا مذهبُ أهلِ السُّنّةِ والجماعةِ في الأمرِ بأحدِ الأشياءِ أنّه يكونُ أمرًا بواحدٍ منها غيرِ عَيْنٍ، وللمأمورِ خيارُ التّعْيينِ.

وقالتِ المُعْتَزِلةُ: يكونُ أمرًا بالكُلِّ على سبيلِ البدَلِ، وهذا الاختلافُ بناءً على أصلٍ مُخْتَلِفٍ (١) بيننا وبينهم معروفٍ يُذْكَرُ في أُصولِ الفقه، والصّحيحُ قولُنا، لأنّ كلِمةَ " أو " إذا دخلَتْ بين أفْعالٍ (٢) - يُرادُ بها واحدٌ منها لا الكُلُّ في الإخبارِ والإيجاب جميعًا، يُقالُ جاءَني زيدٌ أو عَمْرٌو ويُرادُ به مَجيءُ أحدِهما، ويقولُ الرّجُلُ لآخَرَ: بِعْ هذا أو هذا ويكونُ تَوْكيلاً ببيعِ أحدِهما، فالقولُ بوجوب الكُلِّ يكونُ عُدولاً عن مُقْتَضى اللُّغةِ، ولِدَلائلَ أُخَرَ عُرِفَتْ في أُصولِ الفقه.

فإنْ لم يجدْ شيئًا من ذلك فعليه صيامُ ثلاثةِ أيّامٍ على التّعْيينِ لقولِه عزّ شأنُه: ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ [المائدة:٨٩].

---

(١) في المطبوع: «مخلف».
(٢) في المطبوع: «أفراده».

والثانية: أنّ الكفّاراتِ كُلّها واجبةٌ على التّراخي هو الصّحيحُ من مذهب أصحابنا في الأمرِ المُطْلَقِ عن الوقتِ حتّى لا يأثَم بالتّأخيرِ عن أوّلِ أوقاتِ الإمكانِ ويكونُ مُؤدّيًا لا قاضيًا.

ومعنى الوجوب على التّراخي هو أنْ يجبَ في جزءٍ من عُمُرِه غيرِ عَيْنٍ، وإنّما يتعيّنُ بتعيينِه فعلاً، أو في آخِرِ عُمُرِه؛ بأنْ أخّرَه إلى وقتٍ يَغْلِبُ على ظَنّه أنّه لو لم يُؤدِّ فيه لَفاتَ، فإذا أدّى فقد أدّى الواجبَ، وإنْ لم يُؤدِّ حتّى مات أثِمَ لتَضْييقِ الوجوب عليه في آخِرِ العُمُرِ، وهل يُؤْخَذُ من تَرِكَتِه؟ يُنْظَرُ إنْ كان لم يوصِ لا يُؤْخَذُ ويَسْقُطُ في حقِّ أحْكامِ الدُّنْيا عندَنا كالزّكاةِ والنّذْرِ.

ولو تبرّعَ عنه ورَثَتُه جاز عنه في الإطعامِ والكِسْوةِ، وأطْعَموا في كفّارةِ اليمينِ عشرةَ مساكينَ أو كِسْوَتُهم، وفي كفّارةِ الظِّهارِ والإفطارِ أطْعَموا ستّينَ مسكينًا ولا يُجْبَرونَ عليه، ولا يجوزُ أنْ يُعْتِقوا عنه؛ لأنّ التّبرُّعَ بالإعتاقِ عن الغيرِ لا يصحُّ، ولا أنْ يصوموا عنه لأنّه عِبادةٌ بَدَنيّةٌ محضةٌ فلا تَجْري فيه النّيابةُ.

وقد رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «لا يصومُ أحدٌ عن أحدٍ، ولا يُصلّي أحدٌ عن أحدٍ»[1]، وإنْ كان أوصَى بذلك يُؤْخَذُ من ثُلُثِ مالِه فيُطْعِمُ الوصيُّ في كفّارةِ اليمينِ عشرةَ مساكينَ أو كِسْوَتُهم أو تَحْريرُ رَقَبةٍ؛ لأنّه لَمّا أوصَى فقد بقيَ ملكُه في ثُلُثِ مالِه، وفي كفّارةِ القتلِ والظِّهارِ والإفطارِ تَحْريرُ رَقَبةٍ إنْ بَلَغَ ثُلُثُ مالِه قيمةَ الرّقَبةِ، وإنْ لم يَبْلُغْ أطْعَمَ ستّينَ مسكينًا في كفّارةِ الظِّهارِ والإفطارِ، ولا يجبُ الصّوْمُ فيها وإنْ أوصَى؛ لأنّ الصّوْمَ نفسَه لا يحتملُ النّيابةَ، ولا يجوزُ الفِداءُ عنه بالطّعامِ لأنّه في نفسِه بَدَلٌ والبدَلُ لا يكونُ له بَدَلٌ.

ولو أوصَى أنْ يُطْعِمَ عنه عشرةَ مساكينَ عن كفّارةِ يمينِه ثُمّ مات فغَدّى الوصيُّ عشرةً ثُمّ ماتوا يَسْتَأنِفُ فيُغَدّي ويُعَشّي غيرَهم؛ لأنّه لا سبيلَ إلى تَفْريقِ الغداءِ والعشاءِ على شَخْصَيْنِ لما نَذْكُرُ، ولا يَضْمَنُ الوصيُّ شيئًا لأنّه غيرُ مُتَعَدٍّ إذْ لا صُنْعَ له في الموتِ.

ولو قال: أطْعِموا عَنّي عشرةَ مساكينَ غَداءً وعَشاءً ولم يُسَمِّ كفّارةً فغَدّوْا عشرةً ثُمّ ماتوا يُعَشّوا عشرةً غيرَهم لأنّه لم يأمُرْ بذلك على وجه الكفّارةِ، ألا تَرَى أنّه لم يُسَمِّ كفّارةً فكان

(١) أخرجه مالك معلقًا في الموطأ (٢/ ٤٥٣)، كتاب الصيام، باب: النذر في الصيام والصيام عن الميت، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٦١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه النسائي في الكبرى (٢/ ١٧٥) برقم (٢٩١٨) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

سببُه النّذْرَ فجاز التّفريقُ واللّه - تعالى عَزّ شأنُه - أعلَمُ.

فصلٌ في شروط الوجوب

وأمّا شرائطُ وجوب كُل نوعٍ: فكُلُّ ما هو شرطُ انعِقادِ سبب وجوب هذه الكفّارةِ من اليمينِ والظِّهارِ والإفطارِ والقتلِ فهو شرطُ وجوبها؛ لأنّ الشُّروطَ كُلّها شُروطُ العِلَلِ عندَنا، وقد ذَكَرْنا ذلك في كِتاب الأيمانِ والظِّهارِ والصّوْمِ والجِناياتِ، ومن شرائطِ وجوبها القُدْرةُ على أداءِ الواجِب، وهذا شرطٌ معقولٌ لاستِحالةِ وجوب فعلٍ بدونِ القُدْرةِ عليه، غيرَ أنّ الواجِبَ إذا كان مُعَيّنًا تُشْتَرَطُ القُدْرةُ على أدائه عَيْنًا كما في كفّارةِ القتلِ والظِّهارِ والإفطارِ.

فلا يجبُ التّحريرُ فيها إلاّ إذا كان واجِدًا للرّقَبةِ، وهو أنْ يكونَ له فضْلُ مالٍ على كِفايَتِه يُؤْخَذُ به رَقَبةٌ صالِحةٌ للتّكفيرِ، فإنْ لم يكنْ لا يجبُ عليه التّحريرُ لقولِه جَلّ وعَلا ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء:٩٢] شرَطَ سبحانه وتعالى عَدَمَ وِجْدانِ الرّقَبةِ لوجوب الصّوْمِ، فلو لم يكنِ الوجودُ شرطًا لوجوب التّحريرِ وكان يجبُ عليه وجَدَ أو لم يجدْ لم يكنْ لشرطِ عَدَمِ وِجْدانِ الرّقَبةِ لوجوب الصّوْمِ معنًى، فدَلّ أنّ عَدَمَ الوجودِ شرطُ الوجوب فإذا كان في ملكِه رَقَبةٌ صالِحةٌ للتّكفيرِ يجبُ عليه تَحْريرُها سَواءٌ كان عليه دَيْنٌ أو لم يكنْ لأنّه واجِدٌ حقيقةً، فكذا إذا لم يكنْ في ملكِه عَيْنُ رَقَبةٍ وله فضْلُ مالٍ على كِفايَتِه يجبُ رَقَبةٌ صالِحةٌ للتّكفيرِ لأنّه يكونُ واجِدًا من حيثُ المعنى.

فأمّا إذا لم يكنْ له فضْلُ مالٍ على قدرِ كِفايةِ ما يتوصّلُ به إلى الرّقَبةِ ولا في ملكِه عَيْنُ الرّقَبةِ لا يجبُ عليه التّحريرُ لأنّ قدرَ الكفّارةِ مُسْتَحِقُّ الصّرْفِ إلى حاجَتِه الضّروريّةِ، والمُسْتَحِقُّ كالمصْروفِ فكان مُلْحقًا بالعدَمِ، كالماءِ المُحْتاجِ إليه للشُّرْب في السّفَرِ حتّى يُباحَ له التّيمُّمُ، ويدخلُ تحت قولِه عَزّ شأنُه: ﴿[وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ] (١) فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا﴾ [النساء: ٤٣]، وإنْ كان موجودًا حقيقةً لكنه لَمّا كان مُسْتَحِقَ الصّرْفِ إلى الحاجةِ الضّروريّةِ أُلْحِقَ بالعدَمِ شرعًا، كذا هذا.

---

(١) سقط من المطبوع.

وإنْ كان الواجِبُ واحدًا منها كما في كفّارةِ اليمينِ تُشْتَرَطُ القُدْرةُ على أداءِ الواجِب على الإبْهامِ، وهو أنْ يكونَ في ملكِه فضْلٌ على كِفايةِ ما يجدُ به أحدَ الأشياءِ الثّلاثةِ لأنّه يكونُ واجِدًا معنًى، أو يكونُ في ملكِه واحدٌ من المنصوصِ عليه عَيْنًا من عبدٍ صالِحٍ للتّكفيرِ، أو كِسْوةُ عشرةِ مساكينَ، أو إطعامُ عشرةِ مساكينَ؛ لأنّه يكونُ واجِدًا حقيقةً.

وكذا لا يجبُ الصّيامُ ولا الإطعامُ فيما للطّعامِ فيه مُدْخَلٌ إلاّ على القادِرِ عليهما، لأنّ إيجابَ الفعلِ على العاجِزِ مُمْتَنِعٌ ولِقولِه - عَزّ اسمُه - في كفّارةِ الظِّهارِ: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] شرَطَ سبحانه وتعالى عَدَمَ استِطاعةِ الصّيامِ لوجوب الإطعام فدَلّ أنّ استِطاعةَ الصّوْمِ شرطٌ لوجوبه، ولا يجبُ على العبدِ في الأنواعِ كُلِّها إلاّ الصّوْمُ لأنّه لا يقدِرُ إلاّ عليه؛ لأنّه ليس من أهلِ ملكِ المالِ، لأنّه مَمْلوكٌ في نفسِه فلا يملِكُ شيئًا.

ولو أعتقَ عنه مولاه أو أطْعَمَ أو كسا لا يجوزُ لأنّه لا يملِكُ وإنْ مَلّكَ، وكذا المُكاتَبُ لأنّه عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ، وكذا المُسْتَسْعَى في قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه لأنّه بمنزلةِ المُكاتَبِ.

ومنها: العجْزُ عن التّحريرِ عَيْنًا في الأنواعِ الثّلاثةِ شرطٌ لوجوب الصّوْمِ فيها، لقولِه - عَزّ شأنُه - في كفّارةِ القتلِ والظِّهارِ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] أي مَنْ لم يجدْ رَقَبةً، شرَطَ - سُبْحانُه وتعالى - عَدَمَ وجودِ الرّقَبةِ لوجوب الصّوْمِ فلا يجبُ الصّوْمُ مع القُدْرةِ على التّحريرِ.

وأمّا في كفّارةِ اليمينِ فالعجْزُ عن الأشياءِ الثّلاثةِ شرطٌ لوجوب الصّوْمِ فيها لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦] أي فمَنْ لم يجدْ واحدًا منها فعليه صيامُ ثلاثةِ أيّامٍ فلا يجبُ الصّوْمُ مع القُدْرةِ على واحدٍ منها.

وأمّا العجْزُ عن الصّيامِ فشرطٌ لوجوب الإطعامِ فيما للإطعامِ فيه مدخَلٌ لقولِه جَلّ وعَلا: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] أي مَنْ لم يَسْتَطِعِ الصّيامَ فعليه إطعامُ سِتّينَ مسكينًا فلا يجبُ الإطعام مع استِطاعةِ الصّيامِ.

ثُمّ اختُلِفَ في أنّ المُعْتَبَرَ هو القُدْرةُ والعجْزُ وقتَ الوجوب أم وقتَ الأداءِ، قال: أصحابُنا رحمهم الله: وقتَ الأداءِ، وقال الشّافعيُّ رحمه الله: وقتَ الوجوب، حتّى لو

كان موسِرًا وقتَ الوجوب ثُمّ أعْسِرَ جاز له الصّوْمُ عندَنا وعندَه لا يجوزُ، ولو كان على القلْب لا يجوزُ عندَنا وعندَه يجوزُ.

وَجهُ قولِه: أنّ الكفّارةَ وجَبَتْ عُقوبةً فيُعْتَبَرُ فيها وقتُ الوجوب كالحدِّ فإنّ العبدَ إذا زَنَى ثُمّ أُعْتِقَ يُقامُ عليه حَدُّ العبيدِ.

والدّليلُ على أنّها وجَبَتْ عُقوبةً أنّ سببَ وجوبها الجِنايةُ من الظِّهارِ والقتلِ والإفطارِ والحِنْثِ، وتَعليقُ الوجوب بالجِنايةِ تَعليقُ الحُكمِ بوَصفٍ مُناسِبٍ مُؤَثِّرٍ فيُحالُ عليه، ورُبّما قالوا هذا ضَمانٌ يختلِفُ باليسارِ والإعسارِ فيُعْتَبَرُ فيه حالُ الوجوب كضَمانِ الإعتاقِ.

ولنا: أنّ الكفّارةَ عِبادةٌ لها بَدَلٌ ومُبْدَلٌ فيُعْتَبَرُ فيها وقتُ الأداءِ لا وقتُ الوجوب كالصّلاةِ بأنْ فاتَتْه صَلاةٌ في الصِّحّةِ فقضاها في المرَضِ قاعِدًا أو بالإيماءِ أنّه يجوزُ.

والدّليلُ على أنّها عِبادةٌ وأنّ لها بَدَلاً أنّ الصّوْمَ بَدَلٌ عن التّكفيرِ بالمالِ، والصّوْمُ عِبادةٌ، وبَدَلُ العِبادةِ عِبادةٌ، وكذا يُشْتَرَطُ فيها النّيّةُ وإنّها لا تُشْتَرَطُ إلاّ في العِباداتِ.

وإذا ثَبَتَ أنّها عِبادةٌ لها بَدَلٌ ومُبْدَلٌ فهذا يوجِبُ أنْ يكونَ المُعْتَبَرُ فيها وقتَ الأداءِ لا وقتَ الوجوب، لأنّه إذا أيسَرَ قبل الشُّروعِ في الصّيامِ أو قبل تَمامِه فقد قَدَرَ على المُبْدَلِ قبل حُصولِ المقصودِ بالبدَلِ فيَبْطُلُ البدَلُ، ويَنْتَقِلُ الأمرُ إلى المُبْدَلِ كالمُتيَمِّمِ إذا وجَدَ الماءَ قبل الشُّروعِ في الصّلاةِ أو بعدَه قبل الفراغِ منها عندَنا، وكالصّغيرةِ إذا اعتَدّتْ بشهرٍ ثُمّ حاضَتْ أنّه يَبْطُلُ الاعتِدادُ بالأشهرِ ويَنْتَقِلُ الحُكمُ إلى الحيضِ، وإذا أُعْسِرَ قبل التكفيرِ بالمالِ فقد عَجزَ عن المُبْدَلِ قبل حُصولِ المقصودِ به وقَدَرَ على تَحْصيلِه بالبدَلِ كواجِدِ الماءِ إذا لم يتوَضّأ حتّى مضى الوقتُ ثُمّ عَدِمَ الماءَ ووَجَدَ تُرابًا نَظيفًا أنّه يجوزُ له أنْ يتيمّمَ ويُصَلّيَ، بل يجبُ عليه ذلك كذا ههنا، بخلافِ الحُدودِ لأنّ الحدّ ليس بعِبادةٍ مقصودةٍ بل هو عُقوبةٌ ولهذا لا يَفْتَقِرُ إلى النّيّةِ.

وكذا لا بَدَلَ له لأنّ حَدّ العبيدِ ليس بَدَلاً عن حَدِّ الأحْرارِ بل هو أصلٌ بنفسِه، ألا تَرَى أنّه يُحَدُّ العبيدُ مع القُدْرةِ على حَدِّ الأحْرارِ، ولا يجوزُ المصيرُ إلى البدَلِ مع القُدْرةِ على المُبْدَلِ كالتُّراب مع الماءِ وغيرِ ذلك، بخلافِ الصّلاةِ إذا وجَبَتْ على الإنسانِ وهو مُقيمٌ ثُمّ سافَرَ، أو مُسافِرٌ ثُمّ أقامَ أنّه يُعْتَبَرُ في قضائها وقتُ الوجوب، لأنّ صَلاةَ المُسافِرِ ليستْ بَدَلاً عن صَلاةِ المُقيمِ، ولا صَلاةَ المُقيمِ بَدَلٌ عن صَلاةِ المُسافِرِ، بل صَلاةُ كُلِّ واحِدٍ

منهما أصلٌ بنفسِها.

ألا تَرَى أنّه يُصَلّي إحداهما مع القُدْرةِ على الأُخرى؟ وبخلافِ ضَمانِ الإعتاقِ لأنّه ليس بعِبادةٍ، وكذا السِّعايةُ ليستْ ببَدَلٍ عن الضّمانِ على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله؛ لأنّ الشّريكَ مُخَيّرٌ عندَهم بين التّضْمينِ والاستِسْعاءِ ولا يُخَيّرُ بين البدَلِ والمُبْدَلِ في الشّريعةِ.

وأمّا قولُه: إنّ سببَ وجوب الكفّارةِ الجِنايةُ فمَمْنوعٌ، بل سببُ وجوبها ما هو سببُ وجوب التّوْبةِ، إذْ هي أحدُ نوعَيِ التّوْبةِ، وإنّما الجِنايةُ شرطٌ كما في التّوْبةِ، هذا قولُ المُحقِّقينَ من مَشايِخِنا.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا وجَبَ عليه التّحريرُ، أو أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ بأنْ كان موسِرًا ثُمّ أُعْسِرَ أنّه يُجْزِئُه الصّوْمُ، ولو كان مُعْسِرًا ثُمّ أيسَرَ لم يُجْزِه الصّوْمُ عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ لا يُجْزِئُه في الأوّلِ ويُجْزِئُه في الثّاني، لأنّ الاعتِبارَ لوقتِ الأداءِ عندَنا لا لوقتِ الوجوب، وهو في الأوّلِ يعتَبرُ وقتَ الأداءِ فوُجِدَ شرطُ جَوازِ الصّوْمِ ووجوبه وهو عَدَمُ الرّقَبةِ فجاز بل وجَبَ، وفي الثّاني لم يوجدِ الشّرطُ فلم يَجز، وعندَه لَمّا كان المُعْتَبَرُ وقتَ الوجوب فيُراعَى وجودُ الشّرطِ للجَوازِ وعَدَمِه وقتَ الوجوب، ولم يوجدْ في الأوّلِ ووُجِدَ في الثّاني.

ولو شرَعَ في الصّوْمِ ثُمّ أيسَرَ قبل تَمامِه لم يَجز صومُه، ذَكَرَ هذا في الأصلِ، بَلَغَنا ذلك عن عبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ وإبْراهيمَ لما ذَكَرْنا أنّه قَدَرَ على الأصلِ قبل حُصولِ المقصودِ بالبدَلِ فلا يُعْتَبَرُ البدَلُ.

والأفْضَلُ أنْ يُتمّ صومَ ذلك اليومِ فلو أفْطرَ لا يَلْزَمُه القضاءُ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ رحمهم الله، وعندَ زُفَرَ رحمه الله يقضي، وأصلُ هذه المسألةِ في كِتاب الصّوْمِ، وهو مَنْ شرَعَ في صومٍ على ظَنِّ أنّه عليه ثُمّ تَبيّنَ أنّه ليس عليه فالأفْضَلُ له أنْ يُتمّ الصّوْمَ، ولو أفْطرَ فهو على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا.

وعلى قياسِ قولِ الشّافعيِّ رحمه الله: يمْضي على صومِه لأنّ العِبْرةَ في باب الكفّاراتِ لوقتِ الوجوب عندَه، ووقتُ الوجوب كان مُعْسِرًا، ولو أيسَرَ بعدَ الإتْمامِ جاز صومُه لأنّه قَدَرَ [على] [1] المُبْدَلِ بعدَ حُصولِ المقصودِ بالبدَلِ، فلا يَبْطُلُ البدَلَ، بخلافِ الشّيخِ الفاني إذا فدَى ثُمّ قَدَرَ على الصّوْمِ إنّه تَبْطُلُ الفِدْيةُ ويَلْزَمُه الصّوْمُ لأنّ الشّيخَ الفانيَ هو

(١) سقط من المطبوع.

الذي لا تُرْجَى له القُدْرةُ على الصَّوْمِ، فإذا قَدَرَ تبيّنَ أنّه لم يكنْ شيخًا فانيًا، ولأنّ الفِدْيةَ ليستْ ببَدَلٍ مُطْلَقٍ لأنّها ليستْ بمثلٍ للصَّوْمِ صورةً ومعنًى فكانت بَدَلاً ضروريًّا، وقد ارْتَفعَتِ الضّرورةُ فبَطَلَتِ القُدْرةُ، فأمّا الصَّوْمُ فبَدَلٌ مُطْلَقٌ فلا يَبْطُلُ بالقُدْرةِ على الأصلِ بعدَ حُصولِ المقصودِ به واللّه - عَزّ شَأنُه - أعلَمُ.

فصل [في شروط الجواز]

وأمّا شرطُ جَوازِ كُلِّ نوعٍ فلِجَوازِ هذه الأنواعِ شرائطُ:

بعضُها يَعُمُّ الأنواعَ كُلّها، وبعضُها يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ.

أمّا الذي يَعُمُّ الكُلّ: فنيّةُ الكفّارةِ حتّى لا تَتأدّى بدونِ النيّةِ، والكلامُ في النيّةِ

في موضِعَيْنِ:

أحدِهما: في بيانِ أنّ نيّةَ الكفّارةِ شرطُ جَوازِها.

والثاني: في بيانِ شرطِ صحّةِ النيّةِ.

أمّا الأوّل: فلأنّ مُطْلَقَ الفعلِ يحتملُ التّكفيرَ ويحتملُ غيرَه فلا بُدّ من التّعْيينِ، وذلك بالنيّةِ، ولهذا لا يتأدّى صومُ الكفّارةِ بمُطْلَقِ النيّةِ؛ لأنّ الوقتَ يحتملُ صومَ الكفّارةِ وغيرَه فلا يتعيّنُ إلاّ بالنيّةِ كصومِ قضاءِ رَمَضانَ وصومِ النّذْرِ المُطْلَقِ، ولو أعتَقَ رَقَبةً واحدةً عن كفّارَتَيْنِ فلا شَكّ أنّه لا يجوزُ عنهما جميعًا لأنّ الواجِبَ عن كُلِّ كفّارةٍ منهما إعتاقُ رَقَبةٍ كامِلةٍ ولم يوجدْ، وهل يجوزُ عن إحداهما؟ فالكفّارَتانِ الواجِبَتانِ لا يَخْلو.

إمّا أنْ وجَبَتا بسببينِ من جِنسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وإمّا أنْ وجَبَتا بسببينِ من جِنسٍ واحدٍ. فإنْ وجَبَتا [بسببينِ] [(١)] من جِنسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كالقتلِ والظِّهارِ فأعتَقَ رَقَبةً واحدةً يَنْوي عنهما جميعًا لا يجوزُ عن إحداهما بلا خلافٍ بين أصحابنا [(٢)]، وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله يجوز [(٣)].

وإنْ وجَبَتا بسببينِ من جِنسٍ واحدٍ كظهارَيْنِ أو قَتْلَيْنِ يجوزُ عن إحداهما عندَ أصحابنا

(١) ليست في المطبوع.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٨/ ١٥٥).

(٣) مذهب الشافعية: يجزي إن كفر عن يمينين بكفارة واحدة وليس عليه فيه التعيين في الكفارات. انظر: المزني (ص٢٩١).

الثّلاثةِ رحمهم الله استِحْسانًا، وهو قولُ الشّافعيِّ رحمه الله، والقياسُ أنْ لا يجوزَ وهو قولُ زُفَرَ رحمه الله، وهذا الاختلافُ مبنيٌّ على أنّ نيّةَ التّعْيينِ والتّوْزيعِ هل تَقَعُ مُعْتَبَرةً أم تَقَعُ لَغْوًا، فعندَ أصحابنا مُعْتَبَرةٌ في الجِنْسَيْنِ المُخْتَلِفَيْنِ، وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله لَغْوٌ فيهما جميعًا.

وأمّا في الجِنْسِ الواحدِ فهي لَغْوٌ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم وعندَ زُفَرَ مُعْتَبَرةٌ قياسًا.

أمّا الكلامُ مع الشّافعيِّ فوَجْه قولِه: أنّ الكفّاراتِ على اختلافِ أسبابها جِنْسٌ واحدٌ، ونيّةُ التّعْيينِ في الجِنْسِ الواحدِ لَغْوٌ لما ذَكَرنا.

ولنا: أنّ التّعْيينَ في الأجناسِ المُخْتَلِفةِ مُحتاجٌ إليه، وذلك بالنّيّةِ فكان نيّةُ التّعْيينِ مُحْتاجًا إليها عندَ اختلافِ الجِنْسِ، فصادَفَتِ النّيّةُ مَحَلّها فصَحّتْ، ومَتى صَحّتْ أوجَبَتِ انقِسامَ عَيْنِ رَقَبةٍ واحدةٍ على كفّارَتَيْنِ فيقعُ عن كُلِّ واحدٍ منهما عِتْقُ نصفِ رَقَبةٍ فلا يجوزُ لا عن هذه ولا عن تلك.

وأمّا قولُه: الكفّارَتانِ جِنْسٌ واحدٌ فنَعَم من حيثُ هما كفّارةٌ لكنّهما اختَلَفا سببًا وقدرًا وصِفةً، أمّا السّبَبُ فلا شَكّ فيه، وأمّا القدرُ فإنّ الطّعامَ يدخلُ في إحداهما وهي كفّارةُ الظِّهارِ ولا يدخل في الأُخرى وهي كفّارةُ القتلِ.

وأمّا الصِّفةُ فإنّ الرّقَبةَ في كفّارةِ الظِّهارِ مُطْلَقةٌ عن صِفةِ الإيمانِ وفي كفّارةِ القتلِ مُقَيّدةٌ بها، وإذا اختَلَفا من هذه الوجوه كان التّعْيينُ بالنّيّةِ مُحْتاجًا إليه فصادَفَتِ النّيّةُ مَحَلّها فصَحّتْ فانقَسَمَ عِتْقُ رَقَبةٍ بينهما فلم يَجز عن إحداهما؛ حتّى لو كانتِ الرّقَبةُ كافرةً وتَعَذّرَ صَرْفُها إلى الكفّارةِ للقَتْلِ انصَرَفَتْ بالكُلّيّةِ إلى الظِّهارِ وجازَتْ عنه، كذا قال بعضُ مَشايِخِنا بما وراءَ النّهرِ.

ونَظيرُه ما إذا جَمع بين امرأةٍ وابنَتِها أو أُمِّها أو أُخْتِها وتزوّجَهما في عُقْدةٍ واحدةٍ فإنْ كانتا فارِغَتَيْنِ لا يجوزُ، وإنْ كانت إحداهما مَنْكوحةً والأُخرى فارِغةً يجوزُ نِكاحُ الفارِغة.

وأمّا الكلامُ بين أصحابنا فوَجْه القياسِ في ذلك: أنّه أوقَعَ عِتْقَ رَقَبةٍ واحدةٍ عن كفّارَتَيْنِ على التّوْزيعِ والانقِسامِ فيقعُ عن كُلِّ واحدةٍ منهما عِتْقُ نصفِ رَقَبةٍ فلا يجوزُ عن واحدةٍ منهما، لأنّ المُسْتَحقّ عليه عن كُلِّ واحدةٍ منهما إعتاقُ رَقَبةٍ كامِلةٍ ولم يوجدْ، وبهذا لم

يَجز عن إحداهما عندَ اختلافِ الجِنْسِ .

ولنَا: أنّ نيّةَ التّعْيينِ لم تُصادِفْ مَحَلّها لأنّ مَحَلّها الأجناسُ المُخْتَلِفةُ إذْ لا تَقَعُ الحاجةُ إلى التّعْيينِ إلاّ عندَ اختلافِ الجِنْسِ ، فإذا اتّحَدَ الجِنْسُ لم تَقَعِ الحاجةُ إليها فلَغَتْ نيّةَ التّعْيينِ وبقيَ أصلُ النّيّةِ وهي نيّةُ الكفّارةِ فتَقَعُ عن واحدةٍ منهما ، كما في قضاءِ صومِ رَمَضانَ إذا كان عليه صومُ يومَيْنِ فصامَ يومًا يَنْوي قضاءَ صومِ يومَيْنِ تَلْغو نيّةُ التّعْيينِ وبقيَتْ نيّةُ ما عليه ، كذا هذا ، بخلافِ ما إذا اختلف الجِنْسُ ؛ لأنّ باختلافِ الجِنْسِ تَقَعُ الحاجةُ إلى التّعْيينِ فلا تَلْغو نيّةُ التّعْيينِ بل تُعْتَبَرُ ومَتَى اعتُبِرَتْ يقعْ عن كُلِّ جِنْسٍ نصفُ رَقَبةٍ فلا يجوزُ عنه . كما إذا كان عليه صومُ يومٍ من قضاءِ رَمَضانَ وصومُ يومٍ من كفّارةِ اليمينِ فنَوَى من الليلِ أنْ يصومَ غَدًا عنهما كانت نيّةُ التّوْزيعِ مُعْتَبَرةً حتّى لا يصيرَ صائمًا عن أحدِهما ؛ لأنّ الانقِسامَ يمْنَعُ من ذلك والله تعالى أعلَمُ .

ولو أطْعَمَ سِتّينَ مسكينًا كُلّ مسكينٍ صاعًا من حِنْطةٍ عن ظهارَيْنِ لم يَجز إلاّ عن أحدِهما في قول أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله ، وقال محمّدٌ رحمه الله : يُجزِئُه عنهما ، وقال زُفَرُ رحمه الله : لا يُجْزِئُه عنهما .

وكذلك لو أطْعَمَ عشرةَ مساكينَ كُلّ مسكينٍ صاعًا عن يمينَيْنِ فهو على هذا الاختلافِ ، ولو كانتِ الكفّارَتانِ من جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ جاز فيهما بالإجماعِ .

وأمّا وجه قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله : فلِما ذَكَرْنا أنّ من أصلِ أصحابنا الثّلاثةِ أنّ الكفّارَتَيْنِ إذا كانتا من جِنْسٍ واحدٍ لا يُحتاجُ فيهما إلى نيّةِ التّعْيينِ بل تَلْغو نيّةُ التّعْيينِ ههنا ويَبْقى أصلُ النّيّةِ وهو نيّةُ الكفّارةِ يَدْفَعُ سِتّينَ صاعًا إلى سِتّينَ مسكينًا من غيرِ تعيينِ أنّ نصفَه عن هذا ونصفَه عن ذاكَ ، ولو لم يُعَيّنْ لم يَجز إلاّ عن أحدِهما كذا هذا ، إلاّ أنّ محمّدًا يقولُ : إنّ نيّةَ التّعْيينِ إنّما تَبْطُلُ لأنّه لا فائدةَ فيها ، وههنا في التّعْيينِ فائدةٌ وهي جَوازُ ذلك عن الكفّارَتَيْنِ فوَجَبَ اعتِبارُها ، ويقولُ : إطعامُ سِتّينَ مسكينًا يكونُ عن كفّارةٍ واحدةٍ والكفّارةُ الواحدةُ منهما مجهولٌ ، ولهذا قال إذا أعتَقَ رَقَبةً واحدةً عنهما لا يجوزُ عن واحدةٍ منهما ، بخلافِ ما إذا كانتِ الكفّارَتانِ من جِنْسَيْنِ ؛ لأنّه قد صَحّ من أصلِ أصحابنا جميعًا أنّ نيّةَ التّعْيينِ عندَ اختلافِ الجِنْسِ مُعْتَبَرةٌ ، وإذا صَحّ التّعْيينُ والمُؤدّى يصْلُحُ عنهما جميعًا وقَعَ المُؤدّى عنهما فجاز عنهما جميعًا والله تعالى أعلَمُ .

وأما شرط جواز النيّة: فهو أنْ تكونَ النيّةُ مُقارِنةً لفعلِ التّكفيرِ، فإنْ لم تُقارِنِ الفعلَ رأسًا، أو لم تُقارِنْ فعلَ التّكفيرِ بأنْ تأخّرَتْ عنه لم يَجز؛ لأنّ اشتِراطَ النّيّةِ لتعيينِ المُحْتَمَلِ وإيقاعِه على بعضِ الوجوه، ولنْ يتحقّقَ ذلك إلاّ إذا كانت مُقارِنةً للفعلِ، ولأنّ النّيّةَ هي الإرادةُ، [والإرادةُ] (١) مُقارِنةٌ للفعلِ كالقُدْرةِ الحقيقيّةِ لأنّ بها يصيرُ الفعلُ اختياريًا.

وعلى هذا يُخرّجُ ما إذا اشترى أباه أو ابنَه يَنْوي به العتقَ عن كفّارةِ يمينِه أو ظهارِه أو إفطارِه أو قَتْلِه أجزأه عندَنا استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يُجْزيَه، وهو قولُ زُفَرَ والشّافعيِّ رحمهما الله.

بناءً على أنّ شراءَ القريب إعتاقٌ عندَنا، فإذا اشتَراه ناويًا عن الكفّارةِ فقد قارَنَتِ النّيّةُ الإعتاقَ فجاز.

وعندَهما: العتقُ يَثْبُتُ بالقرابةِ، والشِّراءُ شرطٌ فلم تَكُنِ النّيّةُ مُقارِنةً لفعلِ الإعتاقِ فلا يجوزُ.

وَجهُ القياسِ: أنّ الشّراءَ ليس بإعتاقٍ حقيقةً ولا مَجازًا، أمّا الحقيقةُ فلا شَكّ في انتِفائها لأنّ واضِعَ اللّغةِ ما وضَعَ الشِّراءَ للإعتاقِ.

وأما المجاز: فلأنّ المجاز يَسْتَدْعي المُشابَهةَ في المعنى اللاّزِمِ المشهورِ في مَحَلِّ الحقيقةِ ولا مُشابَهةَ ههنا أصلًا، لأنّ الشِّراءَ تَمَلُّكٌ والإعتاقَ إزالةُ الملكِ، وبينهما مُضادّةٌ.

ولنا: ما رَوَى أبو داوُد في سُنَنِه بإسنادٍ عن أبي هُرَيْرةَ رضي الله عنه عن رسولِ الله ﷺ أنّه قال: «**لَنْ يَجْزيَ ولدٌ والِدًا إلّا أنْ يجدَه مَملوكًا فيشتريَه فيُعْتِقَه**» (٢) سَمّاه مُعْتِقًا عَقيبَ الشِّراءِ ولا فعلَ منه بعدَ الشِّراءِ، فعُلِمَ أنّ الشِّراءَ وقَعَ إعتاقًا منه عَقَلْنا وجهَ ذلك أو لم نَعْقِلْ، فإذا نَوَى عندَ الشِّراءِ الكفّارةَ فقد اقْتَرَنَتِ النّيّةُ بفعلِ الإعتاقِ فجاز.

---

(١) سقط من المطبوع.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب: العتق، باب: فضل عتق الوالد، برقم (١٥١٠)، وأبو داود، كتاب: الأدب، باب: في بر الوالدين، برقم (٥١٣٧)، والترمذي، برقم (١٩٠٦)، وابن ماجه، برقم (٣٦٥٩)، وأحمد برقم (٧١٠٣)، وابن حبان (٢/ ١٦٧) برقم (٤٢٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٨٩) برقم (٢١٢٠٣)، والطبراني في الأوسط (٣/ ٢٨١) برقم (٣١٥٠)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٣٩٢) برقم (٢٦٧٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٢١٨) برقم (٢٥٣٩٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وقولهما: (الشِّراءُ ليس بإعتاقٍ حقيقةً) مَمْنوعٌ بل هو إعتاقٌ [حقيقةً] (١) لكنْ حقيقةٌ شرعيّةٌ لا وضْعيّةٌ، والحقائقُ أنواعٌ:

وضْعيّةٌ وشرعيّةٌ وعُرْفيّةٌ على ما عُرِفَ في أُصولِ الفقه.

وكذلك إذا وهَبَ له أو أوصَى له به فقَبلَه، لأنّه يُعْتَقُ بالقبولِ فقارَنَتِ النّيّةُ فعلَ الإعتاقِ، وإنْ ورِثَه ناويًا عن الكفّارةِ لم يَجز لأنّ العتقَ ثَبَتَ من غيرِ صُنْعِه رأسًا فلم يوجدْ قِرانُ النّيّةِ الفعلَ فلا يجوزُ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا قال لعبدِ الغيرِ: إنِ اشتريْتُك فأنتَ حُرٌّ فاشتَراه ناويًا عن الكفّارةِ لم يَجز لأنّ العتقَ عندَ الشّراءِ يَثْبُتُ بالكلامِ السّابقِ ولم تُقارِنْه النّيّةُ، حتّى لو قال: إنِ اشتريْتُ فُلانًا فهو حُرٌّ عن كفّارةِ يميني أو ظهاري أو غيرِ ذلك يُجْزيه لقِرانِ النّيّةِ كلامَ الإعتاقِ.

ولو قال: إنِ اشتريْت فُلانًا فهو حُرٌّ عن ظهاري، ثُمّ قال بعدَ ذلك: ما اشتريْته فهو حُرٌّ عن كفّارةِ قَتْلي، ثُمّ اشتَراه فهو حُرٌّ عن الظِّهارِ؛ لأنّه لَمّا قال: إنِ اشتريْته فهو حُرٌّ عن كفّارةِ قَتْلي فقد أرادَ فسْخَ الأوّلِ، واليمينُ لا تحتَمِلُ الفسخَ.

وكذلك لو قال: إنِ اشتريْته فهو حُرٌّ تَطوُّعًا، ثُمّ قال: إنِ اشتريْته فهو حُرٌّ عن ظهاري، ثُمّ اشتَراه كان تَطوُّعًا لأنّه بالأوّلِ عَلّقَ عِتْقَه تَطوُّعًا بالشّراءِ، ثُمّ أرادَ بالثّاني فسْخَ الأوّلِ، واليمينُ لا يَلْحقُها الفسخُ واللّه - عَزّ شَأنُه - أعلَمُ.

وأمّا الذي يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ فأمّا كفّارةُ اليمينِ فيَبْدَأُ بالإطعامِ ثُمّ بالكِسْوةِ ثُمّ بالتّحريرِ لأنّ اللّهَ - تعالى عَزّ شَأنُه - بَدَأ بالإطعامِ في كِتابه الكريمِ وقد قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «ابدَءوا بما بَدَأ اللّه به» (٢)، فنَقولُ: لجَوازِ الإطعامِ شرائطُ بعضُها يرجعُ

---

(١) سقط من المطبوع.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: صحبة النبي ﷺ، برقم (١٢١٨)، وأبو داود، كتاب: المناسك، باب: صفة حجة النبي ﷺ، برقم (١٩٠٥)، والترمذي برقم (٨٦٢)، والنسائي برقم (٢٩٦١)، وابن ماجه برقم (٣٠٧٤)، وأحمد برقم (١٤٠٣١)، ومالك برقم (٨٣٥)، والدارمي برقم (١٨٥٠)، وابن حبان (٩/ ٢٥١) برقم (٣٩٤٣)، والدارقطني (٢/ ٢٥٤) برقم (٨٢)، والبيهقي في الكبرى (١/ ٨٥) برقم (٤٠٣)، والطبراني في الصغير (١/ ١٢٦) برقم (١٨٧)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٣٢) برقم (١٦٦٨)، والحميدي في مسنده (٢/ ٥٣٣) برقم (١٢٦٧)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٣٤١) برقم (١١٣٥)، وأبو يعلى في مسنده (١٢/ ١٠٧) برقم (٦٧٣٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٣٣٥) برقم

إلى صِفةِ الإطعامِ، وبعضُها يرجعُ إلى مِقْدارِ ما يُطْعَمُ، وبعضُها يرجعُ إلى مَحَلِّ المصْروفِ إليه الطّعامُ.

أمّا الذي يرجعُ إلى صِفةِ الإطعامِ: فقد قال أصحابُنا: إنّه يجوزُ فيه التّمْليكُ وهو طعامُ الإباحةِ وهو مرويٌّ عن سَيِّدِنا عَليٍّ - كرّمَ اللّه وجهَه - وجَماعةٍ من التّابعينَ مثلِ محمّدِ بنِ كعْبٍ والقاسِمِ وسالِمٍ والشّعْبيِّ وإبْراهيمَ وقَتادةَ ومالِكٍ والثّوريِّ والأوزاعيِّ رضي الله عنهم.

وقال الحكَمُ وسَعيدُ بنُ جُبيرٍ: لا يجوزُ إلاّ التّمْليكُ وبه أخذ الشّافعيُّ رحمه الله.

فالحاصِلُ أنّ التّمْليكَ ليس بشرطٍ لجَوازِ الإطعامِ عندَنا بَلِ الشّرطُ هو التّمْكينُ، وإنّما يجوزُ التّمْليكُ من حيثُ هو تمكينٌ لا من حيثُ هو تمليكٌ.

وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله التّمْليكُ شرطُ الجوازِ، لا يجوزُ بدونِه.

وَجهُ قولِه: أنّ التّكفيرَ مَفْروضٌ فلا بُدّ وأنْ يكونَ معلومَ القدرِ ليتمَكّنَ المُكَلّفُ من الإتْيانِ به لئَلاّ يكونَ تكليفَ ما لا يحتملُه الوُسْعُ، وطعامُ الإباحةِ ليس له قدرٌ معلومٌ وكذا يختلِفُ باختلافِ حالِ المسكَيْنِ من الصِّغرِ والكِبَرِ والجوعِ والشِّبَعِ يُحقِّقُه[1] أنّ المفْروضَ هو المُقَدّرُ، إذِ الفرضُ هو التّقْديرُ، يُقالُ: فرَضَ القاضي النّفَقةَ أي قَدّرَ، قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة:٢٣٧] أي قَدّرْتُم فطعامُ الإباحةِ ليس بمُقَدّرٍ، ولأنّ المُباحَ له يأكلُ على ملكِ المُبيحِ فيَهْلَكُ المأكولُ على ملكِه، ولا كفّارةَ بما يَهْلَكُ في ملكِ المُكفِّرِ، وبهذا شرَطَ التّمْليكَ في الزّكاةِ والعُشْرِ وصَدَقةِ الفِطْرِ.

ولنا: أنّ النّصّ ورَدَ بلفظِ الإطعامِ، قال اللّه - عزّ شأنُه -: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩]، والإطعامُ في مُتَعارَفِ اللُّغةِ اسمٌ للتّمْكينِ من المطْعَمِ لا التّمْليكِ، قال اللّه - عزّ شأنُه -: ﴿وَيُطۡعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسۡكِينٗا وَيَتِيمٗا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان:٨]، والمُرادُ بالإطعامِ الإباحةُ لا التّمْليكُ.

وقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «أفشوا السّلامَ وأطعِموا الطّعامَ»[2] والمُرادُ منه الإطعامُ

(١٤٧٠٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(١) في المطبوع: «بحقه».

(٢) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب: صفة القيامة والرقائق والورع، برقم (٢٤٨٥)، وابن ماجه برقم (١٣٣٤)، وأحمد برقم (٢٣٢٧٢)، والدارمي برقم (١٤٦٠)، والحاكم في المستدرك (٣/ ١٤) برقم

على وجه الإباحةِ وهو الأمرُ المُتعارَفُ بين النّاسِ، يُقالُ: فُلانٌ يُطْعِمُ الطّعامَ أي يَدْعو النّاسَ إلى طعامِه.

والدليلُ عليه: قولُه - سبحانه وتعالى -: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩]، وإنّما يُطْعِمونَ على سبيلِ الإباحةِ دونَ التّمْليكِ، بل لا يَخْطُرُ ببالِ أحدٍ في ذلك التّمْليكُ؛ فدَلّ أنّ الإطعامَ هو التّمْكينُ من التّطَعُّمِ إلاّ أنّه إذا مَلّكَ جاز لأنّ تحت التّمْليكِ تمكينًا لأنه إذا مَلّكَه فقد مَكّنَه من التّطَعُّمِ والأكلِ فيجوزُ من حيثُ هو تمكينٌ، وكذا إشارةُ النّصّ دَليلٌ على ما قُلْنا لأنّه قال: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] والمسكَنةُ هي الحاجةُ، واختصاصُ المسكينِ للحاجةِ إلى أكلِ الطّعامِ دونَ تَمَلُّكِه تَعُمُّ المسكينَ وغيرَه، فكان في إضافةِ الإطعامِ إلى المساكينِ إشارةٌ إلى أنّ الإطعامَ هو الفعلُ الذي يصيرُ المسكينُ به مُتَمَكّنًا من التّطَعُّمِ لا التّمْليكِ، بخلافِ الزّكاةِ وصَدَقةِ الفِطْرِ والعُشْرِ أنّه لا يجوزُ فيه طعامُ الإباحةِ لأنّ الشّرعَ هناك لم يَرِدْ بلفظِ الإطعامِ وإنّما ورَدَ بلفظِ الإيتاءِ والأداءِ. قال اللّه - تعالى - في الزّكاةِ: ﴿وَءَاتُوا الزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة:٤٣]، وقال - تعالى - في العُشْرِ: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام:١٤١].

وقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام في صَدَقةِ الفِطْرِ: «أدّوا عن كُلّ حُرّ وعبدٍ» (١) الحديثَ، والإيتاءُ والأداءُ يُشْعِرانِ بالتّمْليكِ، على أنّ المُرادَ من الإطعامِ المذكورِ في النّصّ إنْ كان هو التّمْليكَ كان النّصُّ معلولاً بدَفْعِ حاجةِ المسكينِ، وهذا يقتَضي جَوازَ التّمْكينِ على طريقِ الإباحةِ، بل أولى من وجهَيْنِ:

أحدُهما: أنّه أقرَبُ إلى دَفْعِ الجوعِ وسَدّ المسكَنةِ من التّمْليكِ؛ لأنّه لا يَحْصُلُ معنى الدّفْعِ والسّدّ بتمليكِ الحِنْطةِ إلاّ بعدَ طولِ المُدّةِ، وإلاّ بعدَ تَحَمُّلِ مُؤَنٍ، فكان الإطعامُ على طريقِ الإباحةِ أقرَبُ إلى حُصولِ المقصودِ من التّمْليكِ فكان أحقّ بالجوازِ.

والثاني: أنّ الكفّارةَ جُعِلَتْ مُكَفِّرةً للسّيّئةِ بما أعطى نفسَه من الشّهوةِ التي لم يُؤْذَنْ له فيها، حيثُ لم يَفِ بالعهدِ الذي عَهِدَ مع اللّه - تعالى عَزّ شأنُه - فخرج فعلُه مَخْرَجَ ناقِضِ

(٤٢٨٣)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٣٢)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ١٧٩) برقم (٤٩٦)، والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٤١٨) برقم (٧١٩)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢٥٧) برقم (٣٥٨٤٧) من حديث عبد الله بن سلام رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (٧٨٦٥).

(١) أورده الزيلعي في نصب الراية (٢/ ٤١٢) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

العهدِ ومُخْلِفِ الوعْدِ؛ فجُعِلَتْ كفّارَتُه بما تَنْفِرُ عنه الطِّباعُ وتَتَألّمُ ويَثْقُلُ عليها ليَذوقَ ألَمَ إخراجِ مالِه المحبوبِ عن ملكِه فيُكَفِّرُ ما أعطَى نفسَه من الشّهوةِ، لأنّه من وجهٍ أُذِنَ له فيها، ومعنى تَألُّمِ الطّبْعِ فيما قُلْنا أكثَرُ؛ لأنّ دُعاءَ المساكينِ وجَمْعَهم على الطّعامِ وخدمَتَهم والقيامَ بين أيديهم أشَدُّ على الطّبْعِ من التّصدُّقِ عليهم لما جُبلَ طَبْعُ الأغْنياءِ على النُّفْرةِ من الفقراءِ ومن الاختلاطِ معهم والتّواضُعِ لهم فكان هذا أقربَ إلى تَحْقيقِ معنى التّكفيرِ فكان تَجْويزُ التّمْليكِ تكفيرًا تَجْويزٌ لطعامِ الإباحةِ تكفيرًا من طريقِ الأولى.

وأمّا قوله: «إنّ الكفّارةَ مَفروضةٌ فلا بُدّ وأنْ تكونَ معلومةَ القدرِ» فنَقولُ: هي مُقَدّرةٌ بالكفّارةِ، لأنّ اللّهَ - عَزّ شَأنُه - فرَضَ هذا الإطعامَ وعُرِفَ المفروضُ بإطعامِ الأهلِ بقولِه - عَزّ شَأنُه -: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩] فلا بُدّ وأنْ يكونَ الأهلُ معلومًا، والمعلومُ من طعامِ الأهلِ هو طعامُ الإباحةِ دونَ التّمْليكِ، فدَلّ على أنّ طعامَ الإباحةِ معلومُ القدرِ وقدرُه الكفّارةُ بطعامِ الأهلِ، فجاز أنْ يكونَ مَفْروضًا كطعامِ الأهلِ فيُمْكِنُه الخُروجَ عن عُهْدةِ الفرضِ.

وأمّا قوله: «إنّ الطّعامَ يَهلَكُ على ملكِ المُكَفِّرِ فلا يقعُ عن التكفيرِ» فمَمْنوعٌ بل كما صار مأكولاً فقد زالَ ملكُه عنه، إلاّ أنّه يَزولُ لا إلى أحدٍ وهذا يَكفي لصَيْرورَتِه كفّارةً كالإعتاقِ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى مِقْدارِ ما يُطْعَمُ فالمِقْدارُ في التّمْليكِ هو نصفُ صاعٍ من حِنْطةٍ أو صاعٌ من شَعيرٍ أو صاعٌ من تمرٍ كذا رُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ وسَيِّدِنا عَليٍّ وسَيِّدَتِنا عائشةَ.

وذُكِرَ في الأصلِ بَلَغَنا عن سَيِّدِنا عُمَرَ بنِ الخطّاب رضي الله عنه أنّه قال ليَرْفَأ مولاه: إنّي أحْلِفُ على قَوْمٍ لا أُعْطيهم ثُمّ يَبْدو لي فأُعْطيهم، فإذا أنا فعَلْت ذلك فأَطْعِم عشرةَ مساكينَ كُلّ مسكينٍ نصفَ صاعٍ من حِنْطةٍ أو صاعًا من تمرٍ.

وبَلَغَنا عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال في كفّارةِ اليمينِ: إطعامُ عشرةِ مساكينَ نصفَ صاعٍ من حِنْطةٍ، وبه قال جَماعةٌ من التّابعينَ: سَعيدُ بنُ المُسَيِّب وسَعيدُ بنُ جُبيرٍ وإبْراهيمُ ومُجاهدٌ والحسَنُ وهو قولُ أصحابنا رضي الله عنهم [١].

ورُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما وابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ وزيدِ بنِ ثابتٍ رضي الله

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٠٦)، المبسوط (٨/ ١٥٠).

عنهم، ومن التّابعينَ عَطاءٌ وغيرُه: لكُلِّ مسكينٍ مُدٌّ من حِنْطةٍ [١]، وبه أخذ مالِكٌ والشّافعيُّ رحمهما الله [٢]. والتّرْجيحُ لقولِ سَيِّدِنا عُمَرَ وسَيِّدِنا عَليٍّ وسَيِّدَتِنا عائشةَ - رِضْوانُ اللّه عليهم لقولِه - تعالى عَزّ اسمُه -: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩]، والمُدُّ ليس من الأوسَطِ بل أوسَطُ طعامِ الأهلِ يَزيدُ على المُدِّ في الغالِب، ولأنّ هذه صَدَقةٌ مُقَدّرةٌ بقوتِ مسكينٍ ليومٍ فلا تَنْقُصُ عن نصفِ صاعٍ كصَدَقةِ الفِطْرِ والأذَى، فإنْ أعطَى عشرةَ مساكينَ كُلّ مسكينٍ مُدًّا من حِنْطةٍ فعليه أنْ يُعيدَ عليهم مُدًّا مُدًّا، فإنْ لم يقدِرْ عليهم استقبَلَ الطّعامَ لأنّ المِقْدارَ أنّ لكُلِّ مسكينٍ في التّمْليكِ مُدًّا فلا يجوزُ أقَلُّ من ذلك، ويجوزُ في التّمْليكِ الدّقيقُ والسّويقُ، ويُعْتَبَرُ فيه تَمامُ الكيْلِ ولا يُعْتَبَرُ فيه القيمةُ كالحِنْطةِ لأنّه حِنْطةٌ إلاّ أنّه فُرّقَتْ أجزاؤُها بالطّحْنِ. وهذا التّفريقُ تقريبٌ إلى المقصودِ منها فلا تُعْتَبَرُ فيه القيمةُ، ويُعْتَبَرُ في تمليكِ المنصوصِ عليه تَمامُ الكيْلِ ولا يقومُ البعضُ مقامَ بعضٍ باعتِبارِ القيمةِ إذا كان أقَلّ من كيْلِه حتّى لو أعطَى نصفَ صاعٍ من تمرٍ تَبْلُغُ قيمَتُه قيمةَ نصفِ صاعٍ من حِنْطةٍ لا يجوزُ لأنّه مَنصوصٌ عليه فيقعُ عن نفسِه لا عن غيرِه فأمّا الأرُزُّ والذُّرةُ والجاورسُ [٣] فلا يقومُ مقامَ الحِنْطةِ والشّعيرِ في الكيْلِ لأنّه غيرُ مَنْصوصٍ عليه، وإنّما جَوازُه باعتِبارِ القيمةِ فتُعْتَبَرُ قيمَتُه كالدّراهمِ والدّنانيرِ وهذا عندَ أصحابنا رحمهم الله وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله لا يجوزُ إلاّ إذا عُيِّنَ المنصوصُ عليه.

وَلا يجوزُ دَفْعُ القيمِ والأبْدالِ كما في الزّكاةِ، وعندَنا يجوزُ [٤].

وَجهُ قولِه: إنّ اللّهَ - تعالى - أمر بالإطعامِ بقولِه جَلّ شَأْنُه: ﴿فَكَفَّرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩]، فالقولُ بجَوازِ أداءِ القيمةِ يكونُ تَغْييرًا لحُكمِ النّصِّ وهذا لا يجوزُ.

ولنا: ما ذَكَرْنا أنّ إطعامَ المسكينِ اسمٌ لفعلٍ يتمَكّنُ المسكينُ به من التّطَعُّمِ في مُتعارَفِ

---

(١) **أخرجه مالك في الموطأ**، كتاب: النذور والأيمان، باب: العمل في كفارة اليمين، برقم (١٠٣٦)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٥٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٥١٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه برقم (١٢٢٠٧) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) **مذهب الشافعية**: أنه لا يجوز أن يعطيهم جملة ولكن يعطي كل مسكين مدًّا. انظر: المزني (ص ٢٩١).

(٣) **الجاورس**: نبات عشبي من النجيليات، حبه صغير أملس كحب السمسم، ينبت بريًّا ومزروعًا وهو الدُّخنُ. انظر: المعجم الوجيز (ص ٢٢٣)، اللسان (١٣/ ١٤٩).

(٤) **انظر في مذهب الحنفية**: المبسوط (٨/ ١٥٤).

وفي بيان مذهب الشافعية: لا تجزئ القيمة في كفارة اليمين، بالنسبة للطعام. انظر: المزني (ص ٢٩١).

اللُّغةِ لما ذَكَرْنا فيما تَقَدّمَ. وهذا يَحْصُلُ [١] بتمليكِ القيمةِ فكان تمليكُ القيمةِ من الفقيرِ إطعامًا له؛ فيتناوَلُ النّصُّ جَوازَ التّمْليكِ من حيثُ هو تمكينٌ لا من حيثُ هو تمليكٌ على ما مَرّ أنّ الإطعامَ إنْ كان اسمًا للتّمْليكِ فجَوازُه معلولٌ بدَفْعِ الحاجةِ وهو المسألةُ، عَرَفْنا ذلك بإشارةِ النّصِّ وضَرْبٍ من الاستِنْباطِ على ما بيّنّا، والقيمةُ في دَفْعِ الحاجةِ مثلُ الطّعامِ فوُرودُ الشّرعِ بجَوازِ الطّعامِ يكونُ وُرودًا بجَوازِ القيمةِ بل أولى، لأنّ تمليكَ الثّمَنِ أقرَبُ إلى قضاءِ حاجةِ المسكينِ من تمليكِ عَيْنِ الطّعامِ؛ لأنّه [٢] به يتوَصّلُ إلى ما يَخْتارُه من الغِذاءِ الذي اعتادَ الاغْتِذاءَ به فكان أقرَبَ إلى قضاءِ حاجَتِه فكان أولى بالجوازِ، ولِما ذَكَرْنا أنّ التّكفيرَ بالإطعامِ يَحمِلُ مَكروهَ الطّبْعِ بإزاءِ ما نالَ من الشّهوةِ، وذلك المعنى يَحْصُلُ بدَفْعِ القيمةِ، ولأنّ الكفّارةَ جُعِلَتْ حقًّا للمسكينِ، فمَتَى أخرَجَ مَنْ عليه الطّعامُ إلى المُسْتَحِقِّ بَدَلَه وقبلَه المُسْتَحِقُّ عن طَوْعٍ فقد استَبْدَلَ حقّه به فيجبُ القولُ بجَوازِ هذا الاستِبْدالِ بمنزلةِ التّناوُلِ في سائرِ الحُقوقِ.

وأمّا المِقْدارُ في طعامِ الإباحةِ فأكلَتانِ مُشْبعَتانِ، غَداءً وعَشاءً، وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ. وعن ابنِ سيرينَ وجابرِ بنِ زيدٍ ومَكحولٍ وطاوُسٍ والشّعْبيِّ أنّه يُطْعِمُهم أكلةً واحدةً، وقال الحسَنُ وجبةً واحدةً.

والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لأنّ اللّهَ - عَزّ وجَلّ - عَرّفَ هذا الإطعامَ بإطعامِ الأهلِ بقولِه تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:٨٩]، وذلك أكلَتانِ مُشْبعَتانِ غَداءً وعَشاءً كذا هذا، ولأنّ اللّهَ - جَلّ شأنُه - ذَكَرَ الأوسَطَ. والأوسَطُ ما له حاشيَتانِ مُتَساويَتانِ، وأقَلُّ عَدَدٍ له حاشيَتانِ مُتَساويَتانِ ثلاثةٌ، وذلك يحتملُ أنواعًا ثلاثةً:

أحدُها: الوسَطُ في صِفاتِ المأكولِ من الجوْدةِ والرّداءةِ.

والثاني: الوسَطُ من حيثُ المِقْدارُ من السّرَفِ والقترِ.

والثالِث: الوسَطُ من حيثُ أحْوالُ الأكلِ من مَرّةٍ ومَرّتَيْنِ وثلاثِ مَرّاتٍ في يومٍ واحدٍ، ولم يَثْبُتْ بدَليلٍ عقليٍّ ولا بسَمْعيٍّ تعيينُ بعضِ هذه الأنواعِ فيُحمَلُ على الوسَطِ من الكلِّ احتياطًا ليَخْرُجَ عن عُهْدةِ الفرضِ بيَقينٍ وهو أكلَتانِ في يومٍ بين الجيِّدِ والرّديءِ، والسّرَفِ والقترِ، ولأنّ أقَلّ الأكلِ في يومٍ مَرّةٌ واحدةٌ وهو المُسَمّى بالوجبةِ، وهو في وقتِ الزّوالِ

---

(١) في المطبوع: «تحصيل». (٢) في المطبوع: «لأن».

إلى زوالِ يوم الثّاني منه، والأكثرُ ثلاثُ مَرّاتٍ غَداءً وعَشاءً وفي نصفِ اليوم، والوسَطَ مَرّتانِ غَداءً وعَشاءً وهو الأكلُ المُعْتادُ في الدُّنْيا وفي الآخِرةِ أيضًا، قال اللّه - سبحانه وتعالى - في أهلِ الجنّةِ: ﴿وَلَهُمْ رِزْقُهُمْ فِيهَا بُكْرَةً وَعَشِيًّا﴾ [مريم:٦٢]، فيُحمَلُ مُطْلَقُ الإطعامِ على المُتَعارَفِ.

وكذلك إذا غَدّاهم وسَحّرَهم، أو عَشّاهم وسَحّرَهم، أو غَدّاهم غداءَيْنِ، أو عَشّاهم عَشاءَيْنِ، أو سَحّرَهم سَحورَيْنِ لأنّهما أكلَتانِ مقصودَتانِ، فإذا غَدّاهم في يومَيْنِ أو عَشّاهم في يومَيْنِ كان كأكلَتَيْنِ في يومٍ واحدٍ معنًى إلاّ أنّ الشّرطَ أنْ يكونَ ذلك في عَدَدٍ واحدٍ، حتّى لو غَدّى عَدَدًا وعَشّى عَدَدًا آخرَ لم يُجْزِه لأنّه لم يوجدْ في حقِّ كُلِّ مسكينٍ أكلَتانِ. ولهذا لم يَجز مثلُه في التّمْليكِ بأنْ فرّقَ حِصّةَ مسكينٍ على مسكينَيْنِ فكذا في التّمْكينِ، وسَواءٌ كان الطّعامُ مأدومًا أو غيرَ مأدومٍ، حتّى لو غَدّاهم وعَشّاهم خُبْزًا بلا إدامٍ أجزَأه لقولِ اللّه تَبارَكَ وتعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين المأدومِ وغيرِه وقد أطْعَمَ، ولأنّ اللّهَ - عَزّ شأنُه - عَرّفَ الإطعامَ على وجه الإباحةِ بإطعامِ الأهلِ، وذلك قد يكونُ مأدومًا وقد يكونُ غيرَ مأدومٍ فكذا هذا. وكذلك لو أطْعَمَ خُبْزَ الشّعيرِ أو سَويقًا أو تمرًا أجزَأه لأنّ ذلك قد يُؤْكَلُ وحْدَه في طعامِ الأهلِ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسُفَ أنّه قال: إذا أطْعَمَ مسكينًا واحدًا غَداءً وعَشاءً أجزَأه من إطعامِ مساكينَ وإنْ لم يأكلْ إلاّ رَغيفًا واحدًا، لأنّ المُعْتَبَرَ هو الكِفايةُ والكِفايةُ قد تَحْصُلُ برَغيفٍ واحدٍ فلا يُعْتَبَرُ القِلّةُ والكثرةُ، فإنْ مَلّكَه الخُبْزَ بأنْ أعطاه أربعةَ أرغِفةٍ فإنْ كان يعدِلُ ذلك قيمةَ نصفِ صاعٍ من حِنْطةٍ أجزَأه، وإنْ لم يعدِلْ لم يُجْزِه لأنّ الخُبْزَ غيرُ مَنْصوصٍ عليه فكان جَوازُه باعتِبارِ القيمة.

وقال أبو يوسُفَ رحمه الله: لو غَدّى عشرةَ مساكينَ في يومٍ ثُمّ أعطاهم مُدًّا مُدًّا أجزَأه لأنّه جَمع بين التّمْليكِ والتّمْكينِ وكُلُّ واحدٍ منهما جائزٌ حالَ الانفِرادِ كذا حالَ الاجتماعِ، ولأنّ الغداءَ مُقَدّرٌ بنصفِ كِفايةِ المسكينِ والمُدّ مُقَدّرٌ بنصفِ كِفايَتِه فقد حَصلَتْ له كِفايةُ يومٍ فيجوزُ، فإنْ أعطَى غيرَهم مُدًّا مُدًّا لم يَجز لأنّه فرّقَ طعامَ العشرةِ على عِشْرينَ فلم يَحْصُلْ لكُلِّ واحدٍ منهم مِقْدارُ كِفايَتِه، ولو غَدّاهم وأعطَى قيمةَ العشاءِ فُلوسًا أودراهمَ

أجزَأه عندَنا خلافًا لَلشّافعيِّ رحمه الله لأنّ القيمةَ في الكفّارةِ تَقومُ مقامَ المنصوصِ عليه عندَنا وعندَه لا تَقومُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المحَلِّ المصْروفِ [1] إليه الطّعامُ: فمنها: أنْ يكونَ فقيرًا، فلا يجوزُ إطعامُ الغنيِّ عن الكفّارةِ تمليكًا وإباحةً لأنّ اللّهَ - تَبارَكَ وتعالى - أمر بإطعامِ عشرةِ مساكينَ بقولِه - سبحانه -: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩]، ولو كان له مالٌ وعليه دَيْنٌ له مُطالبٌ من جِهةِ العِبادِ يجوزُ إطعامُه لأنّه فقيرٌ بدَليلِ أنّه يجوزُ إعطاءُ الزّكاةِ إيّاه فالكفّارةُ أولى.

ومنها: أنْ يكونَ مِمّنْ يَسْتَوْفي الطّعامَ، وهذا في إطعامِ الإباحةِ حتّى لو غَدّى عشرةَ مساكينَ وعَشّاهم وفيهم صَبيٌّ أو فوْقَ ذلك لم يَجز وعليه إطعامُ مسكينٍ واحدٍ لقولِه - جَلّ جَلالُه -: ﴿مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾ [المائدة:٨٩] وذلك ليس من أوسَطِ ما يُطْعَمُ، حتّى لو كان مُراهقًا جاز لأنّ المُراهقَ يَسْتَوْفي الطّعامَ فيَحْصُلُ الإطعامُ من أوسَطِ ما يُطْعَمُ.

ومنها: أنْ لا يكونَ مَمْلوكَه لأنّ الصّرْفَ إليه صَرْفٌ إلى نفسِه فلم يَجز.

ومنها: أنْ لا يكونَ من الوالِدَيْنِ والمولودينَ فلا يجوزُ إطعامُهم تمليكًا وإباحةً لأنّ المنافِعَ بينهم مُتّصِلةٌ فكان الصّرْفُ إليهم صَرْفًا إلى نفسِه من وجهٍ، ولهذا لم يَجز صَرْفُ الزّكاةِ إليهم، ولا تُقْبَلُ شهادةُ البعضِ للبعضِ، ولِما ذَكَرْنا أنّ الواجِبَ بحقِّ التّكفيرِ لما اقْتَرَفَ من الذّنْب بما أعطَى نفسَه مُناها وأوصَلَها إلى هَواها بغيرِ إذنٍ من الآذِنِ وهو اللّه - سبحانه جَلّتْ عَظَمَتُه - ففَرَضَ عليهم الخُروجَ عن المعصيةِ بما تَتَألّمُ به النّفسُ ويَنْفِرُ عنه الطّبْعُ ليُذيقَ نفسَه المرارةَ بمُقابَلةِ إعطائها من الشّهوةِ، وهذا المعنى لا يَحْصُلُ بإطعامِ هؤلاء لأنّ النّفسَ لا تَتَألّمُ به بل تَميلُ إليه لما جعل اللّه - سبحانه - [الطّبائعَ] [2] بحيثُ لا تحتَمِلُ نُزول البلاءِ والشِّدّةِ بهم، وبحيثُ يَجْتَهِدُ كُلٌّ في دَفْعِ الحاجةِ عنهم مثلَ الدّفْعِ عن نفسِه.

ولو أطْعَمَ أخاه أو أُخْتَه وهو فقيرٌ جاز لأنّ هذا المعنى لا يوجدُ في الأخِ والأُخْتِ فدخلَ تحت عُمومِ قوله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩]، ولو أطْعَمَ ولدَه أو غَنيًّا على ظَنِّ أنّه أجنبيٌّ أو فقيرٌ ثُمّ تَبيّنَ أجزَأه في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ

(١) في المطبوع: «المنصرف».
(٢) سقط من المطبوع.

أبي يوسُفَ لا يجوزُ، وهو على الاختلافِ الذي ذَكَرْنا في الزّكاةِ وقد مَرّ الكلامُ فيه.

ومنها: أنْ لا يكونَ هاشِميًا؛ لأنّ اللّهَ - تبارَكَ وتعالى - كرِهَ لهم غُسالةَ أيدي النّاسِ وعَوّضَهم بخُمْسِ الخُمْسِ من الغنيمةِ، ولو دَفَعَ إليه على ظَنٍّ أنّه ليس بهاشِميٍّ ثُمّ ظَهَرَ أنّه هاشِميٌّ فهو على الاختلافِ.

ومنها: أنْ لا يكونَ زوجًا أو زوجةً له لأنّ ما شُرِعَ له الكفّارةُ وهو تألُّمُ الطّبْعِ ونِفارُه بالبذْلِ والإخراجِ لا يوجدُ بين الزّوجَيْنِ لما يوجدُ البذْلُ بينهما شهوةً وطَبيعةً ويكونُ التّناكُحُ لمثلِه في العُرْفِ والشّرعِ على ما رُوِيَ: «**تُنْكَحُ المرأةُ لمالِها وجَمالِها**»، وعلى ما وُضِعَ النّكاحُ للمَوَدّةِ والمحَبّةِ ولا يتحقّقُ ذلك إلاّ بالبذْلِ ودَفْعِ الشُّحِّ، ولهذا لا تُقْبَلُ شهادةُ أحدِهما للآخرِ لأنّ أحدَهما يَنْتَفِعُ بمالِ صاحِبه فتتَمَكّنُ التُّهمَةُ في الشّهادةِ. ومنها: أنْ لا يكونَ حَرْبيًا وإنْ كان مُسْتَأمَنًا لأنّ اللّهَ - تعالى عَزّ شأنُه - نَهانا عن البرِّ بهم والإحسانِ إليهم بقولِه تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ﴾ [الممتحنة :٩] ولأنّ في الدّفْعِ إلى الحرْبيِّ إعانةً له على الحِراب مع المسلمينَ وقد قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة :٢] ويجوزُ إعطاءُ فقراءِ أهلِ الذِّمّةِ من الكفّاراتِ والنُّذورِ وغيرِ ذلك إلاّ الزّكاةَ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله، وقال أبو يوسُفَ رحمه الله: لا يجوزُ إلاّ النُّذورُ والتّطَوُّعُ ودَمُ المُتْعةِ.

وَجْهُ قولِه: أنّ هذه صَدَقةٌ وجَبَتْ بإيجاب اللّه - عَزّ شأنُه - فلا يجوزُ صَرْفُها إلى الكافرِ كالزّكاةِ بخلافِ النّذْرِ لأنّه وجَبَ بإيجاب العبدِ، والتّطَوُّعُ ليس بواجِبٍ أصلاً، والتّصَدُّقُ بلَحمِ المُتْعةِ غيرُ واجِبٍ لأنّ معنى القُرْبةِ في الإراقةِ.

ولهما عُمومُ قوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة :٨٩] من غيرِ فصلٍ بين المُؤْمِنِ والكافرِ إلاّ أنّه خَصّ منه الحرْبيّ بما تَلَونا فبقيَ الذِّمّيُّ على عُمومِ النّصِّ فكان يَنْبَغي أنْ يجوزَ صَرْفُ الزّكاةِ إليه إلاّ أنّ الزّكاةَ خُصّتْ بقولِ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام لمُعاذٍ حين بَعَثَه إلى اليمَنِ: «**خُذها من أغنيائهم ورُدّها في فقرائهم**»[1]، أمر عليه الصلاة

---

(١) أخرجه بلفظه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٣٧٢)، وكذا أورده الزيلعي في نصب الراية (٢/ ٣٩٨)، والحديث أصله في الصحيحين، أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب: وجوب الزكاة، برقم (١٣٩٥)، ومسلم، كتاب: الإيمان، باب: الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، برقم (١٩)، وأبو داود، كتاب: الزكاة، باب: في زكاة السائمة، برقم (١٥٨٤)، والترمذي برقم (٦٢٥)، والنسائي برقم

والسلام بِرَدِّ الزّكاةِ إلى مَنْ أمر بالأخذِ من أغْنيائهم، والمأخوذُ منه المسلمونَ فكذا المردودُ عليهم.

ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام قال: **«أُمِرْتُ أنْ آخُذَ الصّدَقةَ من أغْنيائهم وأرُدّها في فقرائهم»**[1].

ووَجْه الاستِدْلالِ: ما ذَكَرْنا، ولأنّ الكفّارةَ وجَبَتْ لدَفْعِ المسكَنةِ والمسكَنةُ موجودةٌ في الكفَرةِ فيجوزُ صَرْفُ الصّدَقةِ إليهم كما يجوزُ صَرْفُها إلى المسلم بل أولى لأنّ التّصَدُّقَ عليهم بعضُ ما يُرَغِّبُهم إلى الإسلامِ ويَحمِلُهم عليه، ولِما ذَكَرْنا أنّ الكفّاراتِ وجَبَتْ بما اختارَ من إعطاءِ النّفسِ شهوَتَها فيما لا يَحِلُّ له فتكونُ كفّارَتُها بكَفِّ النّفسِ عن شهوَتِها فيما يَحِلُّ له وبَذْلِ ما كان في طَبْعِه مَنْعُه، وهذا المعنى يَحْصُلُ بالصّرْفِ إلى الكافرِ بخلافِ الزّكاةِ لأنّها ما وجَبَتْ بحقِّ التّكفيرِ بل بحقِّ الشُّكرِ.

ألا تَرَى أنّها تجبُ بلا كسْبٍ من جِهةِ العبدِ، وحقُّ الشُّكرِ الإنْفاقُ في طاعةِ المُنْعِم، والصّرْفُ[2] إلى المُؤْمِنِ إنْفاقٌ على مَنْ يصْرِفُه إلى طاعةِ اللّه جَلّ شَأنُه فيَخْرُجُ مَخْرَجَ المعونةِ على الطّاعةِ فيَحْصُلُ معنى الشُّكرِ على الكمالِ والكافرُ لا يصْرِفُه إلى طاعةِ اللّه عَزّ شَأنُه فلا يتحقّقُ معنى الشُّكرِ على التّمامِ.

فأمّا الكفّاراتُ فما عُرِفَ وجوبُها شُكرًا بل تكفيرًا لإعطاءِ النّفسِ شهوَتَها بإخراجِ ما في شهوَتِها المنعُ وهذا المعنى في الصّرْفِ إلى الكافرِ موجودٌ على الكمالِ والتّمامِ لذلك افْتَرَقا، وَهل يُشْتَرَطُ عَدَدُ المساكينِ صورةً في الإطعامِ تمليكًا وإباحةً؟

قال أصحابُنا: ليس بشرطٍ وقال الشّافعيُّ رحمه الله: شرطٌ، حتّى لو دَفَعَ طعامَ عشرةِ مساكينَ وذلك خمسةُ أصوُعٍ إلى مسكينٍ واحدٍ في عشرةِ أيّامٍ كُلَّ يومٍ نصفُ صاعٍ، أو غَدّى مسكينًا واحدًا أو عشّاه عشرةَ أيّامٍ أجزأ عندَنا[3]، وعندَه لا يُجْزيه إلاّ عن

(٢٤٣٥)، وابن ماجه برقم (١٧٨٣)، وأحمد برقم (٢٠٧٢)، والدارمي برقم (١٦١٤)، وابن خزيمة (٤/ ٢٣) برقم (٢٢٧٥)، وابن حبان (١/ ٣٧٠) برقم (١٥٦)، والدارقطني (٢/ ١٣٥) برقم (٤)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٩٦) برقم (٧٠٦٨)، والطبراني في الكبير (١١/ ٤٢٦) برقم (١٢٢٠٧)، والشافعي في مسنده (١/ ٣٧٨) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(١) أورده الزرقاني في «الشرح» (٢/ ١٤٢).

(٢) في المطبوع: «المصرف».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٨/ ١٦٣).

واحدٍ [(١)].

واحتَجّ بظاهرِ قولِه - جَلّ شأنُه -: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة:٨٩] نصّ على عَدَدِ العشرةِ فلا يجوزُ الاقْتِصارُ على ما دونَه كسائرِ الأعدادِ المذكورةِ في القرآنِ العظيم كقولِه - عَزّ شأنُه -: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور:٤] وقولِه - جَلّ شأنُه -: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة:٢٣٤]، ونحوِ ذلك.

والدليلُ عليه: أنّه لو دَفَعَ طعامَ عشرةِ مساكينَ إلى مسكينٍ واحدٍ دَفْعةً واحدةً في يومٍ واحدٍ لا يجوزُ.

ولنا: أنّ في النّصّ إطعامَ عشرةِ مساكينَ، وإطعامُ عشرةِ مساكينَ قد يكونُ بأنْ يُطْعِمَ عشرةَ مساكينَ، وقد يكونُ بأنْ يَكفيَ عشرةَ مساكينَ سَواءٌ أطْعَمَ عشرةَ مساكينَ أو لا، فإذا أطْعَمَ مسكينًا واحدًا عشرةَ أيّامٍ قدرَ ما يَكفي عشرةَ مساكينَ فقد وُجِدَ إطعام عشرةِ مساكينَ فخرج عن العُهْدةِ على أنّ معنى إطعامِ مساكينَ إنْ كان هو بأنْ يُطْعِمَ عشرةَ مساكينَ، لكنّ إطعامَ عشرةِ مساكينَ على هذا التّفسيرِ قد يكونُ صورةً ومعنًى بأنْ يُطْعِمَ عشرةً من المساكينِ عَدَدًا في يومٍ واحدٍ أو في عشرةِ أيّامٍ، وقد يكونُ معنًى لا صورةً وهو أنْ يُطْعِمَ مسكينًا واحدًا في عشرةِ أيّامٍ لأنّ الإطعامَ لدَفْعِ الجوْعةِ وسَدّ المسكَنةِ، وله كُلّ يومٍ جَوْعةٌ ومسكَنةٌ على حِدةٍ لأنّ الجوعَ يتجَدّدُ، والمسكَنةُ تَحْدُثُ في كُلّ يومٍ، ودَفْعُ عشرِ جَوْعاتٍ عن مسكينٍ واحدٍ في عشرةِ أيّامٍ في معنى دَفْعِ عشرِ جَوْعاتٍ عن عشرةِ مساكينَ في يومٍ واحدٍ أو في عشرةِ أيّامٍ، فكان هذا إطعامَ عشرةِ مساكينَ معنًى فيجوزُ. ونَظيرُ هذا ما رُوِيَ في الاستِنْجاءِ بثلاثةِ أحْجارٍ، ثُمّ لو استَنْجَى بالمدَرِ أو بحَجَرٍ له ثلاثةُ أحْرُفٍ جاز لحُصولِ المقصودِ منه وهو التّطْهيرُ كذا هذا.

ولأنّ ما وجَبَتْ له هذه الكفّارةُ يقتَضي سُقوطَ اعتِبارِ عَدَدِ المساكينِ وهو ما ذَكَرْنا من إذاقةِ النّفسِ مَرارةَ الدّفْعِ وإزالةَ الملكِ لابتِغاءِ وجه اللّه - سبحانه وتعالى - لتَكفيرِ ما أتْبَعَها هَواها وأوصَلَها إلى مُناها، كما خالَفَ اللّهَ - عَزّ وجَلّ - في فعلِه بتَرْكِ الوفاءِ بعهدِ اللّه سبحانه وتعالى وهذا المعنى في بَذْلِ هذا القدرِ من المالِ تمليكًا وإباحةً لا في

---

(١) مذهب الشافعية: لو أطعم في كفارة اليمين مسكينًا واحدًا عشرة أيام لم يحسب إلا إطعام واحد. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٤٤٢).

مُراعاةِ عَدَدِ المساكينِ صورةً بخلافِ ذِكرِ العدَدِ في باب الحدِّ والعِدَّةِ، لأنّ اشتِراطَ العدَدِ هناك ثَبَتَ نصًّا غيرَ معقولِ المعنى فلا يحتملُ التَّعْدية وههنا معقولٌ على ما بيّنّا.

وبخلافِ الشّهاداتِ حيثُ لا تجوزُ إقامةُ الواحدِ فيها في يومَيْنِ أو في دَفْعَتَيْنِ مقامَ شهادةِ شاهدَيْنِ لأنّ هناك المعنى الذي يَحْصُلُ بالعدَدِ لا يَحْصُلُ بالواحدِ وهو انتِفاءُ التُّهْمةِ ومَنْفَعةُ التّصْديقِ ونَفاذُ القولِ على ما نَذْكُره في كِتاب الشّهاداتِ - إنْ شاء اللّه تعالى.

وههنا معنى التّكفيرِ ودَفْعُ الحاجةِ وسَدُّ المسكَنةِ لا يختلِفُ لما بيّنّا.

وأمّا إذا دَفَعَ طعامَ عشرةِ مساكينَ إلى مسكينٍ واحدٍ في يومٍ واحدٍ دَفْعةً واحدةً أو دَفَعاتٍ فلا رِوايةَ فيه، واختلف مَشايِخُنا: قال بعضُهم: يجوزُ. وقال عامّةُ مَشايِخِنا: لا يجوزُ إلاّ عن واحدٍ؛ لأنّ ظاهرَ النّصِّ يقتَضي الجوازَ على الوجه الذي بيّنّا إلاّ أنّه مَخْصوصٌ في حقِّ يومٍ واحدٍ لدَليلٍ كما صار مَخْصوصًا في حقِّ بعضِ المساكينِ من الوالِدين والمولودينَ ونحوِهم، فيجبُ العمَلُ به فيما وراءَ المخْصوصِ، ولما ذَكَرْنا أنّ الأصلَ في الطّعامِ هو طعامُ الإباحةِ إذْ هو المُتَعارَفُ في اللُّغةِ وهو التّغْديةُ والتّعْشيةُ لدَفْعِ الجوعِ وإزالةِ المسكَنةِ، وفي الحاصِلِ [١] دَفْعُ عشرِ جَوْعاتٍ، وهذا في واحدٍ في حقِّ مسكينٍ واحدٍ لا يكونُ، فلا بُدّ من تَفْريقِ الدّفْعِ على الأيّامِ.

ويجوزُ أنْ يختلِفَ حُكمُ التّفريقِ المُجْتَمِعِ؛ كما في رَمْيِ الجِمارِ أنّه إذا رَمَى بالحصَى مُتَفَرِّقًا جاز، ولو رَمَى مُجْتَمِعًا دَفْعةً واحدةً لا يجوزُ إلاّ عن واحدةٍ ووُجِدَ في مسألَتِنا فجاز.

وكذلك لو غَدّى رجلاً واحدًا عِشرينَ يومًا أو عَشّى رجلاً واحدًا في رَمَضانَ عِشرينَ يومًا أجزَأه عندَنا لَما ذَكَرْنا وعندَ الشّافعيِّ: لا يجوزُ لأنّ عَدَدَ المساكينِ عندَه شرطٌ ولم يوجدْ واللّه سبحانه - وتعالى - أعلَمُ.

وأمّا الكِسْوةُ فالكلامُ فيها في ثلاثةِ مواضِعَ:

في بيانِ قدرِها، وفي بيانِ صِفتِها، وفي بيانِ مَصْرِفِها.

أمّا الأوّل: فأدنى الكِسْوةِ ثَوْبٌ واحدٌ جامِعٌ لكُلِّ مسكينٍ قَميصٌ أو رِداءٌ أو كِساءٌ أو مِلْحَفةٌ أو جُبّةٌ أو قَباءٌ أو إزارٌ كبيرٌ وهو الذي يَسْتُرُ البدَنَ لأنّ اللّهَ تعالى ذَكَرَ الكِسْوةَ ولم يَذْكُرْ فيه

(١) في المطبوع: «الحال».

التَّقْديرَ فكُلّ ما يُسَمّى لابسُه مُكتَسيًا يُجْزي وما لا فلا ولابسُ ما ذَكَرْنا يُسَمّى مُكتَسيًا فيُجْزي عن الكفّارةِ ولا تُجْزي القلَنْسوةُ والخُفّانِ والنّعْلانِ لأنّ لابسَهما لا يُسَمّى مُكتَسيًا إذا لم يكنْ عليه ثَوْبٌ ولا هي تُسَمّى كِسْوةً في العُرْفِ.

وأمّا السّراويلُ والعِمامةُ: فقد اختلفتِ الرّواياتُ فيها، رَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ رحمهم الله أنّه إذا أعطَى مسكينًا قَباءً أو كِساءً أو سَراويلَ أو عِمامةً سابغةً يجوزُ ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه لا تُجْزي السّراويلُ والعِمامةُ، وهو رِوايةٌ عن محمّدٍ في الإملاءِ.

ورَوَى هِشامٌ رحمه الله عنه: أنّ السّراويلَ تُجْزيه وهذا لا يوجِبُ اختلافَ الرّوايةِ في العِمامةِ، لأنّ في رِوايةِ الحسَنِ شرَطَ في العِمامةِ أنْ تكونَ سابغةً، فتُحمَلُ رِوايةُ عَدَمِ الجوازِ فيها على ما إذا لم تَكُنْ سابغةً وهي أنْ لا تَكفيَ تقميصَ واحدٍ.

وأمّا السّراويلُ: فوَجْه رِوايةِ الجوازِ تجوزُ فيه الصّلاةُ فيُجْزي عن الكفّارةِ كالقميصِ، ووَجْه رِوايةِ عَدَمِ الجوازِ وهي التي صَحّحَها القُدوريُّ رحمه الله أنّ لابسَ السّراويلِ لا يُسَمّى مُكتَسيًا عُرْفًا وعادةً بل يُسَمّى عُرْيانًا فلا يدخلُ تحت مُطْلَقِ الكِسْوةِ.

وذَكَرَ الطّحاويُّ أنّه إذا كسا امرأةً فإنّه يَزيدُ فيه الخِمارَ وهذا اعتِبارُ جَوازِ الصّلاةِ في الكِسْوةِ على ما رُوِيَ عن محمّدٍ لأنّ رأسَها عَوْرةٌ لا تجوزُ صَلاتُها مع انكِشافِها [1] ولو أعطَى كُلّ مسكينٍ نصفَ ثَوْبٍ لم يُجْزِه من الكِسْوةِ ولكنّه يُجْزي من الطّعامِ عندَنا إذا كان يُساوي نصفَ صاعٍ من حِنْطةٍ.

أمّا عَدَمُ جَوازِه من الكِسْوةِ فلأنّ الواجِبَ هو الكِسْوةُ ونصفُ ثَوْبٍ لا يُسَمّى كِسْوةً، لا يجوزُ أنْ تُعْتَبَرَ قيمَتُه عن كِسْوةٍ رَديئةٍ؛ لأنّ الشّيءَ لا يكونُ بَدَلاً عن نفسِه.

وأمّا جَوازُه عن الطّعامِ إذا بَلَغَ قيمَتُه نصفَ صاعٍ فلأنّ القيمةَ تجوزُ بَدَلاً عن الكِسْوةِ عندَنا كما تجوزُ بَدَلاً عن الطّعامِ والوجه فيه على نحوِ ما ذَكَرْنا في الطّعامِ وهل تُشْتَرَطُ نيّةُ البدَليّةِ؟ قال أبو يوسُفَ: تُشْتَرَطُ ولا تُجْزي الكِسْوةُ عن الطّعامِ إلاّ بالنّيّةِ وقال محمّدٌ: لا تُشْتَرَطُ، ونيّةُ التّكفيرِ كافيةٌ.

وَجْهُ قولِ محمّدٍ: أنّ الواجِبَ عليه ليس إلاّ التّكفيرُ فيَسْتَدْعي نيّةَ التّكفيرِ وقد وُجِدَتْ

---

(١) في المطبوع: «انكشافه».

فيُجْزيه، كما لو أعطَى المساكينَ دراهمَ بنيّةِ الكفّارةِ وهي لا تَبْلُغُ قيمةَ الكِسْوةِ وتَبْلُغُ قيمةَ الطّعامِ جازَتْ [عن] [١] الطّعامِ، ولو كانت لا تَبْلُغُ قيمةَ الطّعامِ وتَبْلُغُ قيمةَ الكِسْوةِ جازَتْ عن الكِسْوةِ من غيرِ نيّةِ البدَليّةِ كذا هذا.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنّ المُؤَدّى يحتملُ الجوازَ عن نفسِه لأنّه يُمْكِنُ تكميلُه بضَمّ الباقي إليه فلا يصيرُ بَدَلاً إلاّ بجَعْلِه بَدَلاً وذلك بالنّيّةِ، بخلافِ الدّراهمِ لأنّه لا جَوازَ لها عن نفسِها لأنّها غيرُ مَنْصوصٍ عليها فكانت مُتَعَيِّنةً للبَدَليّةِ فلا حاجةَ إلى التّعْيينِ.

وكذلك لو كسا كُلّ مسكينٍ قَلَنْسوةً أو خُفّيْنِ أو نَعْلَيْنِ لم يُجْزِه في الكِسْوةِ وأجزَأه في الطّعامِ إذا كان يُساويه في القيمةِ عندَ أصحابنا لما قُلْنا، وكذا لو أعطَى عشرةَ مساكينَ ثَوْبًا واحدًا بينهم كثيرَ القيمةِ، نصيبُ كُلِّ مسكينٍ منهم أكثَرُ من قيمةِ ثَوْبٍ لم يُجْزِه في الكِسْوةِ وأجزَأه في الطّعامِ لما ذَكَرْنا أنّ الكِسْوةَ مَنْصوصٌ عليها فلا تكونُ بَدَلاً عن نفسِها وتَصْلُحُ بَدَلاً عن غيرِها كما لو أعطَى كُلّ مسكينٍ رُبْعُ صاعٍ من حِنْطةٍ وذلك يُساوي صاعًا من تمرٍ أنّه لا يُجْزي عن الطّعامِ، وإنْ كان مُدٌّ من حِنْطةٍ يُساوي ثَوْبًا يُجْزي عن الكِسْوةِ لأنّ الطّعامَ يجوزُ أنْ يكونَ قيمةً عن الثّوب ولا يجوزُ أنْ يكونَ قيمةً عن الطّعام، لأنّ الطّعامَ كُلّه شيءٌ واحدٌ لأنّ المقصودَ منه واحدٌ فلا يجوزُ بعضُه عن بعضٍ بخلافِ الطّعامِ مع الكِسْوةِ لأنّهما مُتَغايِرانِ ذاتًا ومقصودًا فجاز أنْ يقومَ أحدُهما مقامَ الآخرِ.

وكذا لو أعطَى عشرةَ مساكينَ دابّةً أو عبدًا وقيمَتُه تَبْلُغُ عشرةَ أثْوابٍ جاز في الكِسْوةِ وإنْ لم تَبْلُغْ قيمَتُه عشرةَ أثْوابٍ وبَلَغَتْ قيمةَ الطّعامِ أجزَأه عنه عندَنا لأنّ دَفْعَ البدَلِ في باب الكفّارةِ جائزٌ عندَنا.

قال أبو يوسفَ: لو أنّ رجلاً عليه كفّارةُ يمينٍ، فأعطَى عشرةَ مساكينَ: مسكينًا نصفَ صاعٍ من حِنْطةٍ ومسكينًا صاعًا من شَعيرٍ ومسكينًا ثَوْبًا وغَدّى مسكينًا وعَشّاه لم يُجْزِه ذلك حتّى يُكمِلَ عشرةً من أحدِ النّوعَيْنِ لأنّ اللّهَ - تبارَكَ وتعالى - جعل الكفّارةَ أحدَ الأنواعِ الثّلاثةِ من الإطعامِ أو الكِسْوةِ أو التّحريرِ بقولِه تبارَكَ وتعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة:٨٩] وأو تَتَناوَلُ أحدَها فلا تُجَوِّزُ الجمْعَ بينها لأنّه يكونُ نوعًا رابعًا وهذا لا يجوزُ، لكنّه إذا اختارَ الطّعامَ جاز له أنْ يُعْطيَ مسكينًا

---

(١) سقط من المطبوع.

حِنطةً ومسكينًا شَعيرًا ومسكينًا تمرًا لأنّ اسمَ الطّعامِ يتناوَلُ الكُلّ.

ولو أعطَى نصفَ صاعٍ من تمرٍ جَيِّدٍ يُساوي نصفَ صاعٍ من بُرٍّ لم يُجْزِ إلاّ عن نفسِه بقدرِه لأنّ التّمْرَ مَنْصوصٌ عليه في الإطعامِ كالبُرّ فلا يُجْزي أحدُهما عن الآخَرِ كما لا يجوزُ الثّمَنُ عن التّمْرِ، ويُجْزي التّمْرُ عن الكِسْوةِ لأنّ المقصودَ من كُلِّ واحدٍ منهما غيرُ المقصودِ من الآخَرِ فجاز إخراجُ أحدِهما عن الآخَرِ بالقيمةِ واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وأمّا صِفةُ الكِسْوةِ: فهي أنّها لا تجوزُ إلاّ على سبيلِ التّمْليكِ بخلافِ الإطعامِ عندَنا؛ لأنّ الكِسْوةَ لَدَفْعِ حاجةِ الحرِّ والبرْدِ وهذه الحاجةُ لا تَنْدَفِعُ إلاّ بتمليكٍ لأنّه لا يَنْقَطِعُ حقُّه إلاّ به، فأمّا الإطعامُ فلِدَفْعِ حاجةِ الجوعِ وذلك يَحْصُلُ بالطّعْمِ لأنّ حقّه يَنْقَطِعُ به، ويجوزُ أداءُ القيمةِ عن الكِسْوةِ كما يجوزُ عن الطّعامِ عندَنا خلافًا للشّافعيِّ رحمه الله ولو دَفَعَ كِسْوةَ عشرةِ مساكينَ إلى مسكينٍ واحدٍ في عشرةِ أيّامٍ جاز عندَنا [١].

وعندَ الشّافعيِّ لا يجوزُ إلاّ عن مسكينٍ واحدٍ كما في الإطعامِ [٢].

ولو أطْعَمَ خمسةَ مساكينَ على وجه الإباحةِ وكَسا خمسةَ مساكينَ، فإنْ أخرَجَ ذلك على وجه المنصوصِ عليه لا يجوزُ لما ذَكَرْنا أنّ اللّهَ - تبارَكَ وتعالى - أوجَبَ أحدَ شيئَيْنِ، فلا يُجْمَعُ بينهما.

وإنْ أخرَجَه على وجه القيمةِ فإنْ كان الطّعامُ أرخَصَ من الكِسْوةِ أجزَاه وإنْ كانتِ الكِسْوةُ أرخَصَ من الطّعامِ لم يَجْزِه لأنّ الكِسْوةَ تمليكٌ فجاز أنْ تكونَ بَدَلاً عن الطّعامِ ثُمّ إذا كانت قيمةُ الكِسْوةِ مثلَ قيمةِ الطّعامِ فقد أخرَجَ الطّعامَ، وإنْ كانت أغْلى فقد أخرَجَ قيمةَ الطّعامِ وزيادةً فجاز، وصار كما لو أطْعَمَ خمسةَ مساكينَ طعامَ الإباحةِ، وأدّى [٣] قيمةَ طعامِ خمسةِ مساكينَ طعامَ الإباحةِ، وأداءُ قيمةِ طعامِ خمسةِ مساكينَ أو أكثَرَ جائزٌ عندَنا كذا هذا.

وإذا كانت قيمةُ الكِسْوةِ أرخَصَ من قيمةِ الطّعامِ، لا يكونُ الطّعامُ بَدَلاً عنه لأنّ طعامَ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٨/ ١٥٤).
(٢) مذهب الشافعية: لا تجزئ القيمة بالنسبة للكسوة في كفارة اليمين. انظر: مختصر المزني (ص ٢٩١).
(٣) في المطبوع: «أداء».

الإباحةِ ليس بتمليكٍ فلا يقومُ مقامَ التّمْليكِ، وهو الكِسْوةُ؛ لأنّ الشّيءَ لا يقومُ مقامَ ما هو فوْقَه، ولو أعطَى خمسةَ مساكينَ وكَسا خمسةً جاز، وجعل أغْلاهما ثَمنًا بَدَلاً عن أرخَصِهما ثَمنًا أيُّهما كان؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما تمليكٌ فجاز أنْ يكونَ أحدُهما بَدَلاً عن الآخرِ.

وأمّا مَصْرِفُ الكِسْوةِ فمَصْرِفُها هو مَصْرِفُ الطّعامِ، وقد ذَكَرْناه.

وأمّا التّحريرُ فلِجَوازِه عن التّكفيرِ شرائطُ تختَصُّ به.

فمنها: ملكُ الرّقَبةِ حتّى لو أعتَقَ إنسانٌ عبدَه عن كفّارةِ الغيرِ لا يجوزُ وإنْ أجاز ذلك الغيرُ؛ لأنّ الإعتاقَ وقَعَ عنه فلا توقَفُ على غيرِه، وكذا لو قال لغيرِه أعتِقْ عبدك عن كفّارَتي، فأعتَقَ لم يَجز عن كفّارَتِه وعَتَقَ العبدُ.

ولو قال: أعتِقْ عبدَكَ على ألفِ درهمٍ عن كفّارةِ يميني، فأعتَقَه أجزَأه عندَ أصحابنا الثّلاثةِ؛ لأنّ العتقَ يقعُ عن الآخرِ، وعندَ زُفَرَ رحمه الله لا يُجْزيه؛ لأنّ العتقَ عن المأمورِ.

ولو قال: أعتِقْ عبدَك [1] عَنّي عن كفّارةِ يميني، ولم يَذْكُرِ البدَلَ لم يُجْزِه عن الكفّارةِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله؛ لأنّ العتقَ يقعُ عن الآمِرِ، والمسألةُ قد مَرّتْ في كِتاب الولاءِ، فرْقٌ بين هذا وبين الكِسْوةِ والإطعامِ: أنّ هناك يُجْزيه عن الكفّارةِ وإنْ لم يَذْكُرِ البدَلَ، وعن الإعتاقِ لا يجوزُ عندَهما.

ووَجْهُه: أنّ التّمْليكَ بغيرِ بَدَلٍ هِبةٌ، ولا جَوازَ لها بدونِ القبْضِ، ولم يوجدِ القبْضُ في الإعتاقِ، ووُجِدَ في الإطعامِ، والكِسْوةِ؛ لأنّ قَبْضَ الفقيرِ يقومُ مقامَ قَبْضِ المُكَفِّرِ.

ومنها: أنْ تكونَ الرّقَبةُ كامِلةً للمُعْتِقِ، وهو أنْ تكونَ كُلُّها ملكَ المُعْتِقِ، وإنْ شئتَ قُلْتَ: ومنها حُصولُ كمالِ العتقِ للرّقَبةِ بالإعتاقِ؛ لأنّ التّحريرَ المُطْلَقَ مُضافًا إلى الرّقَبةِ لا يتحقّقُ بدونِه.

وعلى هذا يَخرُجُ ما إذا أعتَقَ عبدَيْنِ بينه وبين رجلٍ أنّه لا يُجزِئُه عن الكفّارةِ لأنّ إعتاقَ عبدَيْنِ بين رجلَيْنِ يوجِبُ تَفْريقَ العتقِ في شَخْصَيْنِ، فلا يَحْصُلُ لكُلِّ واحدٍ منهما عِتْقٌ كامِلٌ لانعِدام كمالِ الملكِ له في كُلِّ واحدٍ منهما فالواجِبُ عليه صَرْفُ عِتْقٍ كامِلٍ إلى

(١) في المطبوع: «عبد».

شَخْصٍ واحدٍ، فإذا فرّقه لا يجوزُ، كما لو أعطى طعامَ مسكينٍ واحدٍ إلى مسكينَيْنِ، بخلافِ شاتَيْنِ بين رجلَيْنِ ذَكّياهما عن نُسُكَيْهما أجزَأهما؛ لأنّ الشّركةَ في النُّسُكِ جائزةٌ إذا صابَ [١] كُلُّ واحدٍ منهما مِقْدارَ شاةٍ، بدَليلِ أنّه يجوزُ بَدَنةٌ واحدةٌ لسَبْعةٍ فكان الشّرطُ في باب النُّسُكِ أنْ يكونَ مِقْدارَ شاةٍ وقد وُجِدَ، وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا أعتَقَ عبدًا بينه وبين غيرِه وهو موسِرٌ أو مُعْسِرٌ أنّه لا يجوزُ عن الكفّارةِ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه لنُقْصانِ الملكِ والعتقِ لأنّ العتقَ يتجَزّأُ عندَه، وعندَهما إنْ كان موسِرًا يجوزُ وإنْ كان مُعْسِرًا لا يجوزُ؛ لأنّه تجبُ السِّعايةُ على العبدِ إذا كان مُعْسِرًا فيكونُ إعتاقًا بعِوَضٍ، وإذا كان موسِرًا، لا سِعايةَ على العبدِ.

ومنها: أنْ تكونَ الرّقَبةُ كامِلةَ الرِّقِّ؛ لأنّ المأمورَ به تَحْريرُ رَقَبةٍ مُطْلَقًا، والتّحريرُ تخليصٌ عن الرِّقِّ فيقتَضي كونَ الرّقَبةِ مرقوقةً مُطْلَقةً، ونُقْصانُ الرِّقِّ فواتُ جزءٍ منه، [فلا تكونُ الرّقَبةُ مرقوقةً مُطْلَقةً] [٢] فلا يكونُ تَحْريرُها مُطْلَقًا، فلا يكونُ آتيًا بالواجِب.

وعلى هذا يَخْرُجُ تَحْريرُ المُدَبّرِ وأُمِّ الولدِ عن الكفّارةِ أنّه لا يجوزُ؛ لنُقْصانِ رِقِّهما لثُبوتِ الحُرّيّةِ من وجهٍ، أو حقِّ الحُرّيّةِ بالتّدْبيرِ والاستيلادِ، حتّى امتَنَعَ تمليكُها بالبيعِ والهِبةِ وغيرِهما.

وأمّا تَحْريرُ المُكاتَب عن الكفّارةِ فجائزٌ استِحْسانًا، إذا [كان] [٣] لم يُؤَدِّ شيئًا من بَدَلِ الكِتابةِ، والقياسُ أنْ لا يجوزَ وهو قولُ زُفَرَ والشّافعيِّ رحمهما الله ولو كان أدّى شيئًا من بَدَلِ الكِتابةِ، لا يجوزُ تَحْريرُه عن الكفّارةِ في ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهما أنّه يجوزُ، ولو عَجَزَ عن أداءِ بَدَلِ الكِتابةِ، ثُمّ أعتَقَه جاز بلا خلافٍ، سَواءٌ كان أدّى شيئًا من بَدَلِ الكِتابةِ أو لم يُؤَدِّ.

وَجهُ القياسِ: أنّ الإعتاقَ إزالةُ الملكِ، وملكُ المولى من المُكاتَب زائلٌ إذِ الملكُ عِبارةٌ عن القُدْرةِ الشّرعيّةِ على التّصَرُّفاتِ الحِسّيّةِ والشّرعيّةِ من الاستخدامِ، والاستِفْراشِ، والبيعِ، والهِبةِ، والإجارةِ، ونحوِها، وهذه القُدْرةُ زائلةٌ عن المولى في حقِّ المُكاتَب، فإنّه لا يملِكُ شيئًا من ذلك عليه، والدّليلُ أنّه لو قال: كُلُّ مَمْلوكٍ لي حُرٌّ لا يدخلُ فيه

---

(١) في المطبوع: «أصاب».
(٢) سقط من المطبوع.
(٣) سقط من المطبوع.

المُكاتَبُ، وكذا لو وُطِئَتِ المُكاتَبةُ بشُبْهةٍ كان العُقْرُ لها لا للمولى وإذا جَنَى على المُكاتَب كان الأرشُ له لا للمولى فدَلّ أنّ ملكَه زائلٌ، فلا يجوزُ إعتاقُه عن الكفّارةِ، ولهذا تُسَلّمُ له الأولادُ والأكسابُ، ولا يُسَلّمُ ذلك بالإعتاقِ المُبْتَدَأ فدَلّ أنّ العتقَ يَثْبُتُ بجِهةِ الكِتابةِ.

ولنا: لبيانِ أنّ الملكَ ملكُ المولى النّصُّ، ودَلالةُ الإجماعِ، والمعقولِ.

أمّا النّصُّ فقولُ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «**المُكاتَبُ عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ**»[1] والعبدُ المُضافُ إلى العِبادِ اسمٌ للمَمْلوكِ من بَني آدَمَ في عُرْفِ اللُّغةِ والشّرعِ، ولهذا لو قال: كُلُّ عبدٍ لي فهو حُرٌّ دخلَ فيه المُكاتَبُ، واللّه جَلّ وعَلا أعلَمُ.

وأمّا دَلالةُ الإجماعِ: فإنّه لو أدّى بَدَلَ الكِتابةِ أو أبْرأه المولى عن البدَلِ يعتِقُ ولا عِتْقَ[2] فيما لا يملِكُه ابنُ آدَمَ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ الملكَ كان ثابتًا له فيه قبل العقدِ، والعارِضُ[3] ليس إلاّ لفظُ الكِتابةِ، وليس فيه ما يُنَبِّئُ عن زوالِ الملكِ؛ لأنّ الكِتابةَ تُسْتعمل في الفرضِ والتّقْديرِ، وفي الكِتابةِ المعروفةِ وشيءٌ من ذلك لا يُنَبِّئُ عن زوالِ الملكِ فيَبْقَى الملكُ على ما كان قبل العقدِ.

وأمّا قولُه: إنّ الملكَ هو القُدْرةُ الشّرعيّةُ على التّصرُّفاتِ الحِسّيّةِ والشّرعيّةِ، وهي غيرُ ثابتةٍ لَلْمولى فمَمْنوعٌ أنّ الملكَ هو القُدْرةُ، بل هو اختصاصُ (المالِكِ بالممْلوكِ)[4] فملكُ العيْنِ هو اختصاصُ المالِكِ بالعيْنِ، وكَوْنُه أحقّ بالعيْنِ من غيرِه، ثُمّ قد يَظْهَرُ أثَرُه في جَوازِ التّصرُّفاتِ، وقد لا يَظْهَرُ مع قيامِه في نفسِه لقيامِ حقِّ الغيرِ في المحِلِّ حقًّا مُحْتَرَمًا كالمرهونِ والمُسْتَأجَرِ، وإنّما لا يدخلُ في إطلاقِ قولِه: كُلُّ مَمْلوكٍ لي فهو حُرٌّ لا لخَلَلٍ[5] في الملكِ؛ لأنّه لا خَلَلَ فيه كما بيّنّا بل لخَلَلٍ في الإضافةِ؛ لكَوْنِه حُرًّا يَدًا، فلم يدخل تحت مُطْلَقِ الإضافةِ حتّى لو نَوَى يدخلُ، وسَلامةُ الأولادِ والأكسابُ مَمْنوعةٌ في الفرعِ، والرِّوايةُ فيما أدّى بَدَلَ الكِتابةِ، أو أبْرأه عنها، كذا قال أُسْتاذُ أُسْتاذي الشّيخُ الإمامُ فخْرُ الإسلام عَليُّ بنُ محمّدٍ البزْدويُّ ولئِنْ سَلّمْنا سَلامةَ الأكساب، والأولادِ، ولكنْ لَمْ قُلْتُم: إنّ السّلامةَ تَثْبُتُ حُكمًا لثُبوتِ العتقِ بجِهةِ الكِتابةِ السّابقةِ، بل تَثْبُتُ حُكمًا لثُبوتِ

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المطبوع: «يعتق».
(٣) في المطبوع: «العارض».
(٤) في المطبوع: «الملك بالملوك».
(٥) في المطبوع: «للخل».

العتقِ بالإعتاقِ الموجودِ في حالِ الكِتابةِ بدَليلِ أنّه يَسْقُطُ عنه بَدَلُ الكِتابةِ، وبَدَلُ الكِتابةِ لا يَسْقُطُ بثُبوتِ العتقِ بجِهةِ الكِتابةِ بل يتقرّرُ به.

وأمّا إذا كان أدّى بعضَ بَدَلِ الكِتابةِ فأعتَقَه عن الكفّارةِ فمَمْنوعٌ على رِوايةِ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

وأمّا التّخْريجُ على ظاهرِ الرّوايةِ فظاهرٌ أيضًا؛ لأنّه لَمّا أدّى بعضَ بَدَلِ الكِتابةِ فقد حَصَلَ للمولى عِوَضًا عن بعضِ رَقَبَتِه فيكونُ في معنى الإعتاقِ بعِوَضٍ، وذا لا يُجْزِئُ عن التّكفيرِ، كذا هذا والله - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا أعتَقَ نصفَ عبدِه عن كفّارةٍ، ثُمّ أعتَقَ النّصفَ الآخَرَ عنها أنّه يُجْزِئُه أمّا على أصلِ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله فظاهرٌ؛ لأنّ إعتاقَ النّصفِ إعتاقُ الكُلِّ؛ لأنّ العتقَ لا يتجزّأُ فلم يتطرّقْ إلى الرّقّ نُقْصانٌ.

وأمّا على أصلِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه فالعتقُ وإنْ كان مُتَجَزِّئًا وحَصَلَ بإعتاقِ النّصفِ الأوّلِ [نُقْصانٌ] (١)، لكنِ النُّقْصانُ حَصَلَ مَصْروفًا إلى الكفّارةِ في رِقّ النّصفِ الآخَرِ لاستِحْقاقِه حقّ الحُرّيّةِ بتخريجِه إلى الإعتاقِ؛ لأنّه حينما أعتَقَ النّصفَ الأوّلَ كان النّصفُ الآخَرُ على ملكِه، فأمكَنَ صَرْفُ النُّقْصانِ إلى الكفّارةِ، فصار كأنّه أعتَقَ النّصفَ وبعضَ النّصفِ الكامِلِ وهو ما انتُقِصَ منه، ثُمّ أعتَقَ البقيّةَ في المرّةِ الثّانيةِ، بخلافِ ما إذا أعتَقَ نصفَ عبدٍ بينه وبين آخَرَ وهو موسِرٌ، فضَمّنَه صاحِبُه نصفَ قيمَتِه، ثُمّ أعتَقَ النّصفَ الآخَرَ أنّه لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه لأنّ إعتاقَ النّصفِ الأوّلِ أوجَبَ نُقْصانًا في النّصفِ الباقي، ولا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ كأنّه صَرَفَ ذلك النُّقْصانَ إلى الكفّارةِ لأنّه لا ملكَ له في ذلك النّصفِ فبَطَلَ قدرُ النُّقْصانِ، ولم يقعْ عن الكفّارةِ، ثُمّ بعدَ أداءِ النّصفِ الباقي صَرَفَه إلى الكفّارةِ، وهو ناقِصٌ فيصيرُ في الحقيقةِ مُعْتِقًا عن الكفّارةِ عبدًا إلاّ قدرَ النُّقْصانِ.

وأمّا على أصلِهما فيجوزُ في المسألَتَيْنِ؛ لأنّ العتقَ عندَهما لا يتجزّأُ فكان إعتاقُ البعضِ إعتاقَ الكُلِّ دَفْعةً واحدةً، فلا يتمكّنُ نُقْصانُ الرّقّ في الرّقَبةِ فيجوزُ، ولو أعتَقَ عبدًا حَلالَ الدّمِ جاز لأنّ حِلّ الدّمِ لا يوجِبُ نُقْصانًا في الرّقّ فكان كامِلَ الرّقّ، وإنّما وجَبَ

(١) سقط من المطبوع.

عليه حقٌّ فأشبَهَ العبدَ المديونَ.

ومنها: أنْ تكونَ كامِلةَ الذّاتِ، وهو أنْ لا يكونَ جِنْسٌ من أجناسِ مَنافِعِ أعضائها فائتًا؛ لأنّه إذا كان كذلك كانتِ الذّاتُ هالِكةً من وجهٍ، فلا يكونُ الموجودُ تَحْرِيرَ رَقَبةٍ مُطْلَقةٍ فلا يجوزُ عن الكفّارةِ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا أُعْتِقَ عبدًا مقطوعَ اليدَيْنِ أو الرِّجْلَيْنِ أو مقطوعَ يَدٍ واحدةٍ ورِجْلٍ واحدةٍ من جانِبٍ واحدٍ، أو يابسَ الشِّقِّ مَفْلوجًا أو مُقْعَدًا، أو زَمِنًا أو أشَلَّ اليدَيْنِ، أو مقطوعَ الإبْهامَيْنِ من اليدَيْنِ أو مقطوعَ ثلاثةِ أصابعَ من كُلِّ يَدٍ سِوَى الإبْهامَيْنِ، أو أعمَى أو مَفْقودَ العيْنَيْنِ، أو معتوهًا مَغْلوبًا، أو أخرَسَ، أنْ لا يجوزَ عن الكفّارةِ لفَواتِ جِنْسٍ من أجناسِ المنفَعةِ، وهي مَنْفَعةُ البطْشِ بقَطْعِ اليدَيْنِ وشَلَلِهما، وقَطْعِ الإبْهامَيْنِ لأنّ قَطْعَ الإبْهامَيْنِ يَذْهَبُ بقوّةِ اليدِ فكان كقَطْعِ اليدَيْنِ وقَطْعِ ثلاثةِ أصابعَ من كُلِّ يَدٍ؛ لأنّ مَنْفَعةَ البطْشِ تَفوتُ به، ومَنْفَعةَ المشْيِ بقَطْعِ الرِّجْلَيْنِ وبقَطْعِ يَدٍ ورِجْلٍ من جانِبٍ، والزّمانةِ والفلِجِ ومَنَعه النّظَرَ بالعمَى وفَقْءِ العيْنَيْنِ، ومَنْفَعةَ الكلامِ بالخرَسِ ومَنْفَعةَ العقلِ بالجُنونِ.

ويجوزُ إعتاقُ الأعوَرِ، ومَفْقودِ إحدى العيْنَيْنِ، والأعشَى ومقطوعِ يَدٍ واحدةٍ أو رِجْلٍ واحدةٍ، ومقطوعِ يَدٍ ورجلٍ من خلافٍ وأشَلّ يَدٍ واحدةٍ ومقطوعِ الأُصْبُعَيْنِ من كُلِّ يَدٍ سِوَى الإبْهامَيْنِ، والعيْنَيْنِ، والخصيِّ، والمجبوب والخُنْثَى، والأمةِ الرّتْقاءِ والقرناءِ، وما يمْنَعُ من الجِماعِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ الجِنْسِ في هذه الأعضاءِ قائمةٌ، ويجوزُ مقطوعِ الأُذُنَيْنِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ السّمْعِ قائمةٌ، وإنّما الأُذُنُ الشّاخِصةُ للزّينةِ، وكذا مقطوعِ الأنْفِ؛ لأنّ الفائتَ هو الجمالُ.

وأمّا مَنْفَعةُ الشّمِّ فقائمةٌ، وكذا ذاهب [(١)] شَعْرِ الرّأسِ، واللّحْيةِ والحاجِبينِ؛ لأنّ الشّعْرَ للزّينةِ، وكذا مقطوعِ الشّفَتَيْنِ إذا كان يقدِرُ على الأكلِ؛ لأنّ مَنْفَعةَ الجِنْسِ قائمةٌ، وإنّما عُدِمَتِ الزّينةُ، ولا يُجْزِئُ ساقِطُ الأسنانِ؛ لأنّه لا يقدِرُ على الأكلِ ففاتَتْ مَنْفَعةُ الجِنْسِ.

وأمّا الأصمُّ: فالقياسُ أنْ لا يجوزَ لفَواتِ جِنْسِ المنفَعةِ، وهي مَنْفَعةُ السّمْعِ فأشبَهَ

---

(١) في المطبوع: «إذا هب».

الأعمَى، ويجوزُ استِحْسانًا، لأنّ أصلَ المنفَعةِ لا يَفوتُ بالصّمَمِ، وإنّما يُنتَقَصُ [١]؛ لأنّ ما من أصَمٍّ إلاّ ويَسْمَعُ إذا بولِغَ في الصّياحِ إلاّ إذا كان أخرَسَ كذا قِيلَ، فلا يَفوتُ بالصّمَمِ أصلُ المنفَعةِ بل يُنتَقَصُ، ونُقصانُ مَنفَعةِ الجِنْسِ لا يمْنَعُ جَوازَ التّكفيرِ، وقيلَ هذا إذا كانَ في أُذُنِه وقرٌ، فأمّا إذا كان بحالٍ لو جُهِرَ بالصّوْتِ في أُذُنِه لا يَسْمَعُ لا يجوزُ.

ولو أعتَقَ جَنينًا لم يَجْزِه عن الكفّارةِ وإنْ كان وُلِدَ بعدَ يومِ جِنايَتِه؛ لأنّ المأمورَ به تَحْريرُ رَقَبةٍ، والجنينُ لا يُسَمّى رَقَبةً ولأنّه لا يُبْصِرُ فأشبَهَ الأعمَى.

ومنها: أنْ يكونَ الإعتاقُ بغيرِ عِوَضٍ فإنْ كان بعِوَضٍ لا يجوزُ؛ لأنّ الكفّارةَ عِبارةٌ عَمّا يكونُ شاقًّا على البدَنِ، فإذا قابَلَه عِوَضٌ لا يَشُقُّ عليه إخراجُه عن ملكِه، ولِما ذَكَرْنا أنّ كفّارةَ اليمينِ إنّما تجبُ لإذاقةِ النّفسِ مَرارةَ زوالِ الملكِ بمُقابلةِ ما استَوْفَتْ من الشّهَواتِ في غيرِ حِلِّها، وهذا المعنى لا يَحْصُلُ إذا كان بعِوَضٍ؛ لأنّ الزّائلَ إلى عِوَضٍ قائمٌ معنًى [٢]، فلا يتحقّقُ ما وُضِعَتْ له هذه الكفّارةُ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا أعتَقَ عبدَه على مالٍ عن كفّارَتِه أنّه لا يجوزُ، وإنْ أبْرأه بعدَ ذلك عن العِوَضِ، لا يجوزُ أيضًا؛ لأنّه وقَعَ لا عن جِهةِ التّكفيرِ، ومضى على وجهٍ، فلا يَنْقلِبُ كفّارةً بعدَ ذلك، كما لو أعتَقَ بغيرِ نيّةِ الكفّارةِ، ثُمّ نَوَى بعدَ العتقِ ولو كان العبدُ بين رجلَيْنِ، أعتقَه أحدُهما - وهو مُعْسِرٌ - عن كفّارَتِه لا يُجْزيه؛ لأنّ للشّريكِ أنْ يَسْتَسْعيَ العبدَ في نفسِه بالاتّفاقِ، فيصيرُ في معنى الإعتاقِ بعِوَضٍ، ولو كان في رَقَبةِ العبدِ دَيْنٌ فأعتقَه المولى عن كفّارَتِه، فاختارَ الغرَماءُ استِسْعاءَ العبدِ، أجزَأه عن الكفّارةِ؛ لأنّ السِّعايةَ ليستْ بعِوَضٍ عن الرِّقِّ، وإنّما هي لدَيْنٍ لَزِمَ العبدَ قبل الحُرّيّةِ، فيَسْعَى وهو حُرٌّ فلا يمْنَعُ جَوازُ الإعتاقِ عن الكفّارةِ.

وكذا لو أعتَقَ عبدًا رَهْنًا، فسَعَى العبدُ في الدّيْنِ، فإنّه يرجعُ على المولى، ويجوزُ عن الكفّارةِ؛ لأنّ السِّعايةَ ليستْ بَدَلَ الرِّقِّ؛ لأنّها ما وجَبَتْ للتّخريجِ إلى الإعتاقِ لحُصولِ العتقِ بالإعتاقِ السّابقِ، وإنّما هي لدَيْنٍ لَزِمَه عن المولى، وإنْ كان موسِرًا لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه لنُقْصانِ الملكِ والرِّقِّ أيضًا على ما بيّنّا.

ألا تَرَى أنّه لا يعتِقُ إلاّ نصفُه عندَه لتَجْزيَ العتقَ عندَه؟ وعندَهما لا يجوزُ؛ لأنّ العتقَ

---

(١) في المطبوع: «ينقص».

(٢) في المطبوع: «ومعنى».

لا يتجَزّأُ عندَهما فيتكامَلُ، ولا يتكامَلُ الملكُ، فيتمَلّكُ نصيبَ الشّريكِ بمُقْتَضَى الإعتاقِ، ويَسارُ المُعْتِقِ يمْنَعُ استِسْعاءَ العبدِ عندَهما فعَرِيَ الإعتاقُ عن العِوَضِ فجاز.

ولو أعتقَ عبدًا في مَرَضِ موتِه عن الكفّارةِ وليس له مالٌ غيرُه لم [١] يَجْزِه عن الكفّارةِ؛ لأنّه يُعْتِقُ ثُلُثَه ويَسْعَى في ثُلُثَيْه، فيصيرُ بعضُه ببَدَلٍ وبعضُه بغيرِ بَدَلٍ، فلم يَجز واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

ومنها: الحِنْثُ في كفّارةِ اليمينِ فلا يجوزُ تكفيرُ اليمينِ قبل الحِنْثِ وهو قولُ الشّافعيِّ رحمه الله في التّكفيرِ بالصّوْمِ.

وأمّا التّكفيرُ بالمالِ فجائزٌ عندَه والمسألةُ مَرّتْ في كِتاب الأيمانِ.

وأمّا الموتُ فليس بشرطٍ في كفّارةِ القتلِ حتّى يجوزَ التّكفيرُ فيها بعدَ الجرْحِ قبل الموتِ وقد ذَكَرْنا وجهَ الفرقِ بين الكفّارَتَيْنِ في كِتاب الأيمانِ واللّه - عَزّ وجَلّ - المُوَفِّقُ.

ويَسْتَوي في التّحريرِ الرّقَبةُ الكبيرةُ والصّغيرةُ، والذّكَرُ والأُنْثَى لإطلاقِ اسمِ الرّقَبةِ في النُّصوصِ.

فإنْ قِيلَ: الصّغيرُ لا مَنافِعَ لأعضائه، فيَنْبَغي أنْ لا يجوزَ إعتاقُه عن الكفّارةِ كالذِّمّيِّ، وكذا لا يَجْزِئ [٢] إطعامُه عن الكفّارةِ فكذا إعتاقُه.

فالجوابُ عن الأوّلِ: أنّ أعضاءَ الصّغيرِ سَليمةٌ لكنّها ضَعيفةٌ، وهي بغَرَضِ [٣] أنْ تَصيرَ قَويّةً فأشبَهَ المريضَ، وهذا لأنّ سَلامةَ الأعضاءِ [٤] إذا كانت ثابتةً يَشُقُّ عليه إخراجُه عن ملكِه أكثَرُ مِمّا يَشُقُّ عليه إخراجُ فائتِ جِنْسِ المنفَعةِ، وذا جائزٌ فهذا أولى.

وأمّا إطعامُه عن الكفّارةِ فجائزٌ على طريقِ التّمْليكِ وإنّما لا يجوزُ على سبيلِ الإباحةِ؛ لأنّه لا يأكلُ أكلًا مُعْتادًا ويَسْتَوي فيه الرّقَبةُ المُؤْمِنةُ، والكافرةُ، وكذا في كفّارةِ الظِّهارِ عندَنا [٥].

وأمّا في كفّارةِ القتلِ فلا يجوزُ فيها إلاّ المُؤْمِنةَ بالإجماعِ وقال الشّافعيُّ رضي الله عنه: لا يجوزُ في الكفّاراتِ كُلِّها إلاّ المُؤْمِنةَ [٦].

---

(١) في المطبوع: «ولم».
(٢) في النسخة: «يجزي».
(٣) في المطبوع: «بعرض».
(٤) في المطبوع: «الأعراض».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٦٩٩).
(٦) مذهب الشافعية: لا يجزئ في الإعتاق بالنسبة للكفارة إلا رقبة مؤمنة سليمة خالية من العيوب. انظر: رحمة الأمة (ص٤٤١).

والأصلُ فيه أنّ النّصّ الوارِدَ في كفّارةِ اليمينِ وكَفّارةِ الظِّهارِ مُطْلَقٌ عن قَيْدِ إيمانِ الرّقَبةِ، والنّصّ الوارِدَ في كفّارةِ القتلِ مُقيّدٌ بقَيْدِ الإيمانِ فحَمَلَ الشّافعيُّ رحمه الله المُطْلَقَ على المُقيّدِ، ونحنُ أجرَيْنا المُطْلَقَ على إطلاقِه والمُقيّدَ على تقييدِه.

وَجهُ قولِه: أنّ المُطْلَقَ في معنى المُجْمَلِ والمُقيّدَ في معنى المُفسّرِ، والمُجْمَلُ يُحمَلُ على المُفسّرِ، ويصيرُ النّصّانِ في معنًى؛ كنصِّ المُجمَلِ والمُفسّرِ، ولهذا حُمِلَ المُطْلَقُ على المُقيّدِ في باب الشّهادةِ والزّكاةِ وكَفّارةِ اليمينِ، حتّى شُرِطَتِ العدالةُ لوجوب قَبولِ الشّهادةِ والإسامةُ لوجوب الزّكاةِ، وشُرِطَ التّتابُعُ في صومِ كفّارةِ اليمينِ كذا ههنا.

ولنا وجهانِ:

أحدُهما: طريقُ مَشايِخِنا بسَمرقَنْدَ، وهو أنّ حَمْلَ المُطْلَقِ على المُقيّدِ، ضَرْبُ النُّصوصِ بعضِها في بعضٍ وجَعْلُ النّصّيْنِ كنصٍّ واحدٍ مع إمكانِ العمَلِ بكُلِّ واحدٍ منهما وهذا لا يجوزُ، بخلافِ المُجْمَلِ؛ لأنّه غيرُ مُمْكِنِ العمَلِ بظاهرِه.

والثاني: طريقُ مَشايخِ العِراقِ، وهو أنّ حَمْلَ المُطْلَقِ على المُقيّدِ نَسْخٌ للإطلاقِ؛ لأنّ بعدَ وُرودِ النّصِّ المُقيّدِ لا يجوزُ العمَلُ بالمُطْلَقِ، بل يُنْسَخُ حُكمُه، وليس النّسْخُ إلاّ بيانَ مُنْتَهَى مُدّةِ الحُكمِ الأوّلِ، ولا يجوزُ نَسْخُ الكِتاب بالقياسِ، ولا بخَبَرِ الواحدِ.

وقولُه: المُطْلَقُ في معنى المُجْمَلِ مَمْنوعٌ؛ لأنّ المُجْمَلَ لا يُمْكِنُ العمَلُ بظاهرِه، والمُطْلَقُ يُمْكِنُ العمَلُ بظاهرِه، إذْ هو اسمٌ لما يتعرّضُ للذّاتِ دونَ الصِّفاتِ، فيُمْكِنُ العمَلُ بإطلاقِه من غيرِ الحاجةِ إلى البيانِ فلا ضَرورةَ إلى حَمْلِ المُطْلَقِ على المُقيّدِ، وفي الموضِعِ الذي حُمِلَ إنّما حُمِلَ لضَرورةِ عَدَمِ الإمكانِ، وذلك عندَ اتّحادِ السّبَب والحُكمِ لاستِحالةِ ثُبوتِ حُكمٍ واحدٍ في زَمانٍ واحدٍ مُطْلَقًا ومُقيّدًا، فيَخْرُجُ على البيانِ وعلى النّاسِخِ، وعلى الاختلافِ المعروفِ بين مَشايِخِنا أنّ تقييدَ المُطْلَقِ بيانٌ أو نَسْخٌ، وعندَ اختلافِ السّبَب لا ضَرورةَ فلا يُحمَلُ واللّه - عَزّ وجَلّ - أعلَمُ.

وبه تَبيّنَ أنّ شرطَ الإيمانِ في كفّارةِ القتلِ ثَبَتَ نصًّا غيرَ معقولِ المعنى، فيقتَصِرُ على موردِ النّصِّ ويُمْكِنُ أنْ يُقال: إنّ تَحْريرَ رَقَبةٍ موصوفةٍ بصِفةِ الإيمانِ في باب القتلِ ما وجَبَ بطريقِ التّكفيرِ؛ لأنّ الكفّارةَ كاسمِها سِتارةٌ للذُّنوب والمُؤاخَذاتِ في الآخِرةِ واللّه - سبحانه وتعالى - وضَعَ المُؤاخَذةَ في الخطَأ بدُعاءِ النّبيِّ - عليه أشرَفُ التّحيّةِ: ﴿رَبَّنَا لَا

تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة:٢٨٦] .

وقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «رُفِعَ عن أُمّتي الخطأُ والنّسيانُ وما استُكرِهوا عليه»[(١)] وإنّما وجَبَتْ بطريقِ الشُّكرِ لسَلامةِ نفسِه في الدُّنيا عن القِصاصِ، وفي الآخِرةِ عن العِقابِ؛ لأنّ حِفْظَ النّفسِ عن الوُقوعِ في الخطأ، مقدورٌ في الجملةِ بالجهْدِ والجدِّ والتّكلُّفِ، فجعل اللّه - سبحانه وتعالى - تَحْريرَ رَقَبةٍ موصوفةٍ بكَوْنِها مُؤْمِنةً شُكرًا لتلك النِّعْمةِ، والتّحريرُ في اليمينِ والظِّهارِ يجبُ بطريقِ التّكفيرِ، إذا لم يُعْرَفِ ارْتِفاعُ المُؤاخَذةِ الثّابتةِ ههنا، فوَجَبَ التّحريرُ فيهما تكفيرًا فلا يَسْتَقيمُ القياسُ.

فإنْ قيلَ: إذا حَنِثَ في يمينِه خَطأً كان التّحريرُ شُكرًا على ما قُلْتُم، فيَنْبَغي أنْ يُقاسَ على القتلِ في إيجاب تَحْريرِ رَقَبةٍ مُؤْمِنةٍ.

فالجوابُ: أنّه لا يُمْكِنُ القياسُ في هذه الصّورةِ أيضًا؛ لما ذَكَرْنا أنّ تَحْريرَ المُؤْمِنِ جُعِلَ شُكرًا لنِعْمةٍ خاصّةٍ، وهي سَلامةُ الحياةِ في الدُّنْيا مع ارْتِفاعِ المُؤاخَذةِ في الآخِرةِ.

وفي باب اليمينِ: النِّعْمةُ هي ارْتِفاعُ المُؤاخَذةِ في الآخِرةِ فحَسْبُ إذْ ليس ثَمّةَ موجِبٌ دُنْيَوِيٌّ يُسْقِطُ عنه، فكانتِ النِّعْمةُ في باب القتلِ فوْقَ النِّعْمةِ في باب اليمينِ، وشُكرُ النِّعْمةِ يجبُ على قدرِ النِّعْمةِ؛ كالجزاءِ على قدرِ الجِنايةِ ولا يعلَمُ مِقْدارَ الشُّكرِ إلاّ مَنْ عَلِمَ مِقْدارَ النِّعْمةِ، وهو اللّه - سبحانه وتعالى - فلا تُمْكِنُ المُقايَسةُ في هذه الصّورةِ أيضًا واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وأمّا كفّارةُ الظِّهارِ والإفطارِ والقتلِ، فأمّا التّحريرُ، فجميعُ ما ذَكَرْنا أنّه شرطُ جَوازِه في كفّارةِ اليمينِ، فهو شرطُ جَوازِه في كفّارةِ الظِّهارِ، والإفطارِ، والقتلِ وما ليس بشرطٍ لجَوازِ[(٢)] التّحريرِ في كفّارةِ اليمينِ، فليس بشرطٍ لجَوازِه في تلك الكفّاراتِ، إلاّ إيمانَ الرّقَبةِ خاصّةً، فإنّه شرطُ الجوازِ في كفّارةِ القتلِ بالإجماعِ، وكذا كمالُ العتقِ قبل المسيسِ في كفّارةِ الظِّهارِ، وهذا تَفْريعٌ على مذهب أبي حنيفةَ رضي الله عنه خاصّةً، حتّى لو أعتقَ نصفَ عبدِه ثُمّ وطِئَ ثُمّ أعتَقَ ما بقيَ فعليه أنْ يَستقبلَ عِتْقَ الرّقَبةِ في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله تعالى؛ لأنّ العتقَ يتجزّأُ عندَ أبي حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - فلم يوجدْ تَحْريرٌ كامِلٌ قبل المسيسِ فيَلْزَمُه الاستقبالُ.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المطبوع: «الجواز».

وأما الصوم: فقدرُ الصّوْمِ في كفّارةِ اليمينِ ثلاثةُ أيّامٍ لقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة:١٩٦] وكذا في كفّارةِ الحلْقِ؛ لحَديثِ كعْب بنِ عُجْرةَ رضي الله عنه ذَكَرْناه [١] في كِتاب الحجِّ، وفي القتلِ، والظِّهارِ، والإفطارِ صومُ شهرَيْنِ لوُرودِ النّصِّ به.

وأمّا شرطُ جَوازِ هذه الصّيامات فلِجَوازِ صيامِ الكفّارةِ شرائطُ مَخْصوصةٌ:

منها: النّيّةُ من الليلِ حتّى لا يجوزَ بنيّةٍ من النّهارِ بالإجماعِ؛ لأنّه صومٌ غيرُ عَيْنٍ، فيَسْتَدْعي وجوبَ النّيّةِ من الليلِ لما ذَكَرْنا في كِتاب الصّوْمِ.

ومنها: التّتابُعُ في غيرِ موضِعِ الضّرورةِ في صومِ كفّارةِ الظِّهارِ والإفطارِ والقتلِ بلا خلافٍ؛ لأنّ التّتابُعَ مَنْصوصٌ عليه في هذه الكفّاراتِ الثّلاثةِ قال اللّه - تَبارَكَ وتعالى - في كفّارَتَي القتلِ والإفطارِ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤]، وقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام للأعرابيِّ: «صُم شهرَيْنِ مُتَتابعَيْنِ»، بخلافِ صومِ قضاءِ رَمَضانَ [٢]؛ لأنّ اللّهَ سبحانه وتعالى أمر به من غيرِ شرطِ التّتابُعِ بقولِه - تبارَكَ وتعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة:١٨٤].

وأمّا صومُ كفّارةِ اليمينِ فيُشْتَرَطُ فيه التّتابُعُ أيضًا عندَنا [٣]. وعندَ الشّافعيِّ لا يُشْتَرَطُ بل هو بالخيارِ إنْ شاء تابَعَ وإنْ شاء فرّقَ [٤]، واحتجّ بظاهرِ قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ

---

(١) في المطبوع: «ذكرنا».

(٢) أخرجه البخاري، كتاب: الأدب، باب: ما جاء في قول الرجل: ويلك، برقم (٦١٦٤)، ومسلم، كتاب: الصيام، باب: تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم، برقم (١١١١)، وأبو داود، كتاب: الصوم، باب: كفارة من أتى أهله في رمضان، برقم (٢٣٩٠)، والترمذي برقم (٧٢٤)، وابن ماجه برقم (١٦٧١)، وأحمد برقم (٦٩٠٥)، ومالك نحوه برقم (٦٦٠)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢١٢) برقم (٣١١٧)، والدارمي برقم (١٧١٦)، وابن حبان (٨/ ٢٩٣) برقم (٣٥٢٤)، والدارقطني (٢/ ١٩٠) برقم (٤٩)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٢٢١) برقم (٧٨٢٩)، والحميدي في مسنده (٢/ ٤٤١) برقم (١٠٠٨)، وأبو يعلى في مسنده (١١/ ٢٨١) برقم (٦٣٩٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/ ١٩٤) برقم (٧٤٥٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٣٠٧)، شرح فتح القدير (٥/ ٨١)، الاختيار (٤/ ٤٨)، البناية (٦/ ٣٣)، الدر المختار (٣/ ٧٢٧).

(٤) وفي بيان مذهب الشافعية: أنه لا يجب التتابع في صوم الثلاثة أيام بالنسبة لكفارة اليمين على القول الأظهر الجديد، والقول القديم أنه يجب التتابع. انظر: الوسيط (٧/ ٢١٩)، الروضة (١١/ ١٢)، مغني المحتاج (٤/ ٣٢٨).

فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة:١٩٦] من غيرِ شرطِ التّتابُعِ.

ولنا قِراءةُ عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه [(١)]: «فصيامُ ثلاثةِ أيّامٍ مُتَتابعاتٍ»، وقِراءَتُه كانت مشهورةً في الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم فكانت بمنزلةِ الخبَرِ المشْهورِ لقَبولِ الصّحابةِ رضي الله عنهم إيّاها تَفْسيرًا للقرآنِ العظيمِ، إنْ لم يقبَلوها في كونِها قرآنًا، فكانت مشهورةً في حقِّ حُكمِ الصّحابةِ رضي الله عنهم إيّاها في حقِّ وجوب العمَلِ، فكانت بمنزلةِ الخبَرِ المشْهورِ والزّيادةُ على الكِتاب الكريمِ بالخبَرِ المشْهورِ جائزةٌ بلا خلافٍ، ويجوزُ بخَبَرِ الواحدِ، وكذا عندَ بعضِ مَشايِخنا على ما عُرِفَ في أُصولِ الفقه.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا أفْطرَ في خلالِ [(٢)] الصّوْمِ أنّه يَسْتقبلُ الصّوْمَ، سَواءٌ أفْطرَ لغيرِ عُذْرٍ أو لعُذْرِ مَرَضٍ، أو سَفَرٍ؛ لفَوْتِ شرطِ التّتابُعِ.

وكذلك لو أفْطرَ يومَ الفِطْرِ أو يومَ النّحْرِ أو أيّامَ التّشْريقِ، فإنّه يَسْتقبلُ الصّيامَ سَواءٌ أفْطرَ في هذه الأيّامِ أو لم يُفْطِرْ؛ لأنّ الصّوْمَ في هذه الأيّامِ لا يصْلُحُ لإسقاطِ ما في ذِمّتِه؛ لأنّ ما في ذِمّتِه كامِلٌ والصّوْمَ في هذه الأيّامِ ناقِصٌ لمُجاوَرةِ المعصيةِ إيّاه، والنّاقِصُ لا ينوبُ عن الكامِلِ.

ولو كانتِ امرأةٌ فصامَتْ عن كفّارةِ الإفطارِ في رَمَضانَ، أو عن كفّارةِ القتلِ، فحاضَتْ في خلالِ ذلك لا يَلْزَمُها الاستقبالُ؛ لأنّها لا تجدُ صومَ شهرَيْنِ لا تَحيضُ فيهما فكانت معذورةً، وعليها أنْ تُصَلّيَ أيّامَ القضاءِ بعدَ الحيضِ بما قبله حتّى لو لم تُصَلّي وأفْطرَتْ يومًا بعدَ الحيضِ استقبَلَتْ؛ لأنّها تركتِ التّتابُعَ من غيرِ ضَرورةٍ، ولو نَفِسَتْ تَسْتقبلُ لعَدَمِ الضّرورةِ؛ لأنّها تجدُ شهرَيْنِ لا نِفاسَ فيهما.

ولو كانت في صومِ كفّارةِ اليمينِ، فحاضَتْ في خلالِ ذلك تَسْتقبلُ؛ لأنّها تجدُ ثلاثةَ أيّامٍ لا حيضَ فيها فلا ضَرورةَ إلى سُقوطِ اعتِبارِ الشّرطِ ولو جامع امرأتَه التي لم يُظاهِرْ منها بالنّهارِ ناسيًا، أو بالليلِ عامِدًا أو ناسيًا، أو أكل بالنّهارِ ناسيًا، لا يَسْتقبلُ؛ لأنّ الصّوْمَ لم يَفْسُدْ فلم يَفُتْ شرطُ التّتابُعِ.

ومنها: عَدَمُ المسيسِ في الشّهرَيْنِ في صومِ كفّارةِ الظِّهارِ، سَواءٌ فسَدَ الصّوْمُ أو لا في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ.

---

(١) في المطبوع: «عنهما».

(٢) في المطبوع: «حلال».

وقال أبو يوسف: الشّرطُ عَدَمُ فسادِ الصّوْمِ حتّى لو جامع امرأتَه التي ظاهَرَ منها بالليلِ عامِدًا أو ناسيًا، أو بالنّهارِ ناسيًا، استقبَلَ عندَهما [١] وعندَ أبي يوسُفَ: يمْضي على صومِه وبه أخذ الشّافعيُّ [٢].

وَجهُ قولِ أبي يوسُفَ: أنّ هذا الجِماعَ لا يَنْقَطِعُ به التّتابُعُ؛ لأنّه لا يُفْسِدُ الصّوْمَ فلا يجبُ الاستقبالُ، كما لو جامع امرأةً أُخرى، ثُمّ ظاهَرَ منها والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ المأمورَ به صومُ شهرَيْنِ مُتَتابعَيْنِ لا مسيسَ فيهما، بقولِه: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة :٤] ، فإذا جامع في خلالِهما، فلم يأتِ بالمأمورِ به، ولو جامعها بالنّهارِ عامِدًا استقبَلَ بالاتّفاقِ.

أمّا عندَهما فلِوجودِ المسيسِ، وأمّا عندَه فلانقِطاعِ التّتابُعِ لوجودِ فسادِ الصّوْمِ.

وأمّا وجوبُ كفّارةِ الحلْقِ، فصاحِبُه بالخيارِ إنْ شاء فرّقَ لإطلاقِ قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة :١٩٦] من غيرِ فصلٍ.

وأمّا الإطعامُ في كفّارَتَيِ الظِّهارِ والإفطارِ فالكلامُ في جَوازِه صِفةً وقدرًا ومَحلًّا كالكلامِ في كفّارةِ اليمينِ وقد ذكَرْناه وعَدَمُ المسيسِ في خلالِ الإطعامِ في كفّارةِ الظِّهارِ ليس بشرطٍ حتّى لو جامع في خلالِ الإطعامِ لا يَلْزَمُه الاستِئْنافُ لأنّ اللّهَ تبارَكَ وتعالى لم يشترِطْ ذلك في هذه الكفّارةِ لقولِه سبحانه وتعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة :٤] من غيرِ شرطِ تَرْكِ المسيسِ، إلاّ أنّه مُنِعَ من الوطْءِ قبله؛ لجَوازِ أنْ يقدِرَ على الصّوْمِ أو الاعتِكاف، فتَنْتَقِلُ الكفّارةُ إليهما، فيتبيّنُ أنّ الوطْءَ كان حَرامًا على ما ذكَرْنا في كِتاب الظِّهارِ.

والكلامُ في الإطعامِ في كفّارةِ الحلْقِ، كالكلامِ في كفّارةِ اليمينِ، إلاّ في عَدَدِ مَنْ يُطْعَمُ وهم سِتّةُ مساكينَ؛ لحَديثِ كعْب بنِ عُجْرةَ رضي الله عنه.

فأمّا في الصِّفةِ والقدرِ والمحَلِّ، فلا يختلِفانِ حتّى يجوزَ فيه التّمْليكُ والتّمْكينُ وهذا قولُ أبي يوسُفَ، وقال محمّدٌ: لا يجوزُ فيها إلاّ التّمْليكُ، كذا حَكَى الشّيخُ القُدوريُّ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٧/ ١٥).

(٢) مذهب الشافعية: لا يجوز له الوطء في صوم الكفارة حتى يكفر. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص٤٢٧).

رحمه الله الخلافَ، وذَكَرَ القاضي في شرحِه مُخْتَصَرَ الطَّحاويِّ رحمه الله قول أبي حنيفةَ مع أبي يوسُفَ.

وَجْهُ قولِ محمّدٍ رحمه الله: أنّ جَوازَ التّمْكينِ في طعامِ كفّارةِ اليمينِ؛ لوُرودِ النّصِّ بلفظِ الإطعامِ، إذْ هو في عُرْفِ اللُّغةِ اسمٌ لتقديمِ الطّعامِ على وجه الإباحةِ، والنّصُّ ورَدَ ههنا بلفظِ الصّدَقةِ، وأنّها تقتَضي التّمْليكَ، لكنّه مُعَلّلٌ بدَفْعِ الحاجةِ، والتّصَدُّقُ تمليكٌ فأشبَهَ الزّكاةَ والعُشْرَ.

ولهما أنّ النّصّ وإنْ ورَدَ بلفظِ الصّدَقةِ، وأنّها تقتَضي التّمْليكَ، لكنّه مُعَلّلٌ بدَفْعِ الحاجةِ، وذا يَحْصُلُ بالتّمْكينِ فوْقَ ما يَحْصُلُ بالتّمْليكِ على ما بيّنّا، ولهذا جاز دَفْعُ القيمةِ وإنْ فُسِّرَتِ الصّدَقةُ بثلاثِ أصوُعٍ في حَديثِ كعْب بنِ عُجْرةَ رضي الله عنه.

وَلو وجَبَ عليه كفّارةُ يمينٍ فلم يجدْ ما يُعْتِقُ، ولا ما يَكسو، ولا ما يُطْعِمُ عشرةَ مساكينَ، وهو شيخٌ كبيرٌ لا يقدِرُ على الصّوْمِ فأرادَ أنْ يُطْعِمَ [(١)] سِتّةَ مساكينَ عن صيامِ ثلاثةِ أيّام، لم يَجز إلاّ أنْ يُطْعِمَ عشرةَ مساكينَ؛ لأنّ الصّوْمَ بَدَلٌ والبدَلَ لا يكونُ له بَدَلٌ، فإذا عَجزَ عن البدَلِ تَأخّرَ وجوبُ الأصلِ، وهو أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ إلى وقتِ القُدْرةِ.

وإنْ كان عليه كفّارةُ القتلِ أو الظِّهارِ أو الإفطارِ ولم يجدْ ما يُعْتِقُ [(٢)]، وهو شيخٌ كبيرٌ لا يقدِرُ على الصّوْمِ ولا يجدُ ما يُطْعِمُ في كفّارةِ الظِّهارِ والإفطارِ، يتأخّرُ الوجوبُ إلى أنْ يقدِرَ على الإعتاقِ في كفّارةِ القتلِ، وعلى الإعتاقِ أو الإطعامِ في كفّارةِ الظِّهارِ والإفطارِ؛ لأنّ إيجابَ الفعلِ على العاجزِ مُحالٌ والله أعلَمُ.

* * *

---

(١) في المطبوع: «يصوم».
(٢) في المطبوع: «يعتقه».

كتاب الأشربة



كتاب الأشربة

الكلامُ في هذا الكِتاب في مواضِعَ:

في بيانِ أسماءِ الأشرِبةِ المعروفةِ المُسْكِرةِ.

وفي بيانِ مَعانيها.

وفي بيانِ أحْكامِها.

وفي بيانِ حَدِّ السُّكرِ.

أمّا أسماؤها: فالخمْرُ، والسّكَرُ، والفضيخُ، ونَقيعُ الزّبيب، والطِّلاءُ، والباذِقُ، والمُنصّفُ، والمُثَلّثُ والجمهوريُّ، وقد يُسَمّى أبو سُقْيا والخليطانِ والمِزْرُ والجِعةُ والبِتْعَ.

أمّا بيانُ مَعاني هذه الأسماءِ: أمّا الخمْرُ فهو اسمٌ للنّيءِ من ماءِ العِنَب إذا غَلى واشتَدّ وقَذَفَ بالزّبَدِ، وهذا عندَ أبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ عليهما الرّحمةُ ماءُ العِنَب إذا غَلى واشتَدّ فقد صار خمرًا وتَرَتّبَ عليه أحْكامُ الخمْرِ قَذَفَ بالزّبَدِ أو لم يقذِفْ [1] به.

وَجهُ قولِهما: أنّ الرُّكنَ فيها [2] معنى الإسكارِ، وذا يَحْصُلُ بدونِ القذْفِ بالزّبَدِ.

وَجْهُ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّ معنى الإسكارِ لا يتكامَلُ إلاّ بالقذْفِ بالزّبَدِ فلا يصيرُ خمرًا بدونِه.

وأمّا السّكَرُ: فهو اسمٌ للنّيءِ من ماءِ الرُّطَب إذا غَلى واشتَدّ وقَذَفَ بالزّبَدِ أو لم يقذِفْ على الاختلافِ.

وأمّا الفضيخُ: فهو اسمٌ للنّيءِ من ماءِ البُسْرِ المنضوخِ وهو المدقوقُ إذا غَلى واشتَدّ وقَذَفَ بالزّبَدِ أو لا على الاختلاف.

---

(١) في المطبوع: «يقذ».

(٢) في المطبوع: «فيهما».

وأمّا نَقيعُ الزّبيب: فهو اسمٌ للنّيءِ من ماءِ الزّبيب المنقوعِ في الماءِ حتّى خرجتْ حَلاوَتُه إليه واشتَدّ وقَذَفَ بالزّبَدِ أو لا على الخلافِ.

وأمّا الطلاء: فهو اسمٌ للمَطْبوخِ من ماءِ العِنَب إذا ذَهَبَ أقَلُّ من الثُّلُثَيْنِ وصار مُسْكِرًا ويدخلُ تحت الباذَقِ والمُنصّفِ لأنّ الباذَقَ هو المطْبوخُ أدنى طَبْخةٍ من ماءِ العِنَب والمُنصّفُ هو المطْبوخُ من ماءِ العِنَب إذا ذَهَبَ نصفُه وبقيَ النِّصفُ.

وقيل: الطِّلاءُ: هو المُثَلّثُ وهو المطْبوخُ من ماءِ العِنَب حتّى ذَهَبَ ثُلُثاه وبقيَ مُعَتّقًا وصار مُسْكِرًا.

وأمّا الجمهوريّ: فهو المُثَلّثُ يُصَبُّ الماءُ بعدَما ذَهَبَ ثُلُثاه بالطّبْخِ قدرَ الذّاهب وهو الثُّلُثانِ ثُمّ يُطْبَخُ أدنى طَبْخةٍ ويصيرُ مُسْكِرًا.

وأمّا الخليطانِ: فهما التّمْرُ والزّبيبُ أو البُسْرُ والرُّطَبُ إذا خُلِطا ونُبذا حتّى غَلَيا واشتَدّا.

وأمّا المِزْرُ: فهو اسمٌ لنَبيذِ الذُّرةِ إذا صار مُسْكِرًا.

وأمّا الجِعَةُ: فهو اسمٌ لنَبيذِ الحِنْطةِ والشّعيرِ إذا صار مُسْكِرًا.

وأمّا البِتْعُ: فهو اسمٌ لنَبيذِ العسَلِ إذا صار مُسْكِرًا.

هذا بيانُ مَعاني هذه الأسماء.

وأمّا بيانُ أحْكامِ هذه الأشربةِ: أمّا الخمْرُ فيتعلّقُ بها أحْكامٌ:

منها: أنّه يَحْرُمُ شُرْبُ قَليلِها وكَثيرِها إلاّ عندَ الضّرورةِ لأنّها مُحَرّمةُ العيْنِ فيَسْتَوي[1] في الحُرْمةِ قَليلُها وكَثيرُها.

والدّليلُ على أنّها مُحَرّمةُ العيْنِ قولُه سبحانه وتعالى: ﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ﴾ [المائدة :٩٠]، وصَفَ سبحانه وتعالى الخمْرَ بكَوْنِها رِجْسًا وغيرُ المُحَرّم لا يوصَفُ به فهذا يَدُلُّ على كونِها مُحَرّمةً في نفسِها، وقولُه عزّ من قائلٍ: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ﴾ [المائدة :٩١] الآيةُ فدَلّ على حُرْمةِ السُّكرِ فحُرِّمَتْ عَيْنُها والسُّكرُ منها.

وقال عليه الصلاة والسلام: «حُرِّمَتِ الخمْرُ لعَيْنِها قَليلُها وكَثيرُها والسُّكرُ من كُلِّ شرابٍ»[2]

(١) في المطبوع: «فيستوفي».
(٢) ضعيف: أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٣١)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٠٦) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر السلسلة الضعيفة (١٢٢٠).

إلاّ أنه رَخّصَ شُرْبَها عندَ ضَرورةِ العطَشِ. أو لإكراهٍ قدرَ ما تَنْدَفِعُ به الضّرورةُ ولأنّ حُرْمَةَ قَليلِها ثَبَتَتْ بالشّرعِ المحضِ فاحتُمِلَ السُّقوطُ بالضّرورةِ كحُرْمةِ الميْتةِ ونحوِ ذلك.

وكذا لا يجوزُ الانتِفاعُ بها للمُداواةِ وغيرِها لأنّ اللّهَ تعالى لم يَجْعَلْ شِفاءَنا فيما حَرّمَ علينا ويَحْرُمُ على الرّجُلِ أنْ يَسْقيَ الصّغيرَ الخمْرَ فإذا سَقاه فالإثْمُ عليه دونَ الصّغيرِ لأنّ خِطابَ التّحريمِ يتناوَلُه.

ومنها: أنّه يَكفُرُ مُستَحِلُّها لأنّ حُرْمَتَها ثَبَتَتْ بدَليلٍ مقطوعٍ به وهو نصُّ الكِتاب الكريمِ فكان مُنْكرُ الحُرْمةِ مُنْكرًا للكِتاب.

ومنها: أنّه [1] يُحَدُّ شارِبُها قَليلاً أو كثيرًا لإجماعِ الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم على ذلك ولو شرِبَ خمرًا مَمْزوجًا بالماءِ إنْ كانتِ الغلَبَةُ للخمرِ يجبُ الحدُّ، وإنْ غَلَبَ الماءُ عليها حتّى زالَ طَعْمُها وريحُها لا يجب لأنّ الغلَبَةَ إذا كانت للخمرِ فقد بقيَ اسمُ الخمْرِ ومعناها وإذا كانتِ الغلَبَةُ للماءِ فقد زالَ الاسمُ والمعنى إلاّ أنّه يَحْرُمُ شُرْبُ الماءِ المَمْزوجِ بالخمْرِ لما فيه من أجزاءِ الخمْرِ حقيقةً وكذا يَحْرُمُ شُرْبُ الخمْرِ المطْبوخِ لأنّ الطّبْخَ لا يُحِلُّ حَرامًا ولو شرِبَها يجبُ الحدُّ لبقاءِ الاسمِ والمعنى بعدَ الطّبْخِ ولو شرِبَ دُرْديّ [2] الخمْرِ لا حَدّ عليه إلاّ إذا سَكِرَ لأنّه لا يُسَمّى خمرًا ومعنى الخمْريّةِ فيه ناقِصٌ لكَوْنِه مَخْلوطًا بغيرِه فأشبَهَ المُنصّفَ وإذا سَكِرَ منه يجبُ حَدُّ السُّكرِ كما في المُنصّفِ ويَحْرُمُ شُرْبُه لما فيه من أجزاءِ الخمْرِ ومَنْ وُجِدَ منه رائحةُ الخمْرِ أو قاءَ خمرًا لا حَدّ عليه لأنّه يُحْتَمَلُ أنّه شرِبَها مُكرَهًا فلا يجبُ مع الاحتمالِ.

ولا حَدّ على أهلِ الذِّمّةِ وإنْ سَكِروا من الخمْرِ لأنّها حَلالٌ عندَهم، وعن الحسَنِ بنِ زيادٍ رحمه الله أنّهم يُحَدّونَ إذا سَكِروا لأنّ السُّكرَ حَرامٌ في الأديانِ كُلِّها.

ومنها: أنّ حَدّ شُرْبِ الخمْرِ وحَدَ السُّكرِ مُقَدّرٌ بثَمانينَ جَلْدةً في الأحْرارِ لإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم وقياسِهم على حَدِّ القذْفِ حتّى قال سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه: إذا سَكِرَ هذَى وإذا هذَى افْتَرَى [3] وحَدُّ المُفْتَرينَ ثَمانونَ وبأربعينَ في العبيدِ لأنّ الرِّقّ

---

(١) في المطبوع: «أنها».

(٢) الدردي: الخميرة التي تترك على العصير والنبيذ ليتخمر. وأصله: ما يركد في أسفل كل مائع كالأشربة والأدهان. انظر: اللسان (٣/ ١٦٦).

(٣) ضعيف: أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: الأشربة، باب: الحد في الخمر، برقم (١٥٨٨)، والحاكم

مُنصَّفٌ للحدِّ كحدِّ القذْفِ والزِّنا قال اللّه تعالى جَلّ وعَلا : ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء:٢٥] .

ومنها: أنّه يَحْرُمُ على المسلمِ تمليكُها وتَمَلُّكُها بسائرِ أسباب الملكِ من البيعِ والشِّراءِ وغيرِ ذلك ؛ لأنّ كُلّ ذلك انتِفاعٌ بالخمْرِ وأنّها مُحرّمةُ الانتِفاعِ على المسلمِ .

ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال : «**يا أهلَ المدينةِ إنّ اللّهَ تباركَ وتعالى قد أنْزَلَ تَحريمَ الخمْرِ فمَنْ كتَبَ هذه الآيةَ وعندَه شيءٌ منها فلا يشربْها ولا يَبعْها** [(١)]» [(٢)] فسَكَبوها في طُرُقِ المدينةِ إلاّ أنّها تورّثُ لأنّ الملكَ في الموروثِ ثَبَتَ شرعًا من غيرِ صُنْعِ العبدِ فلا يكونُ ذلك من باب التّمْليكِ والتّملُّكِ ، والخمْرُ إنْ لم تكُنْ مُتقوّمةً فهي مالٌ عندَنا فكانت قابلةً للملكِ في الجملةِ .

ومنها: أنّه لا يَضْمَنُ مُتْلِفُها إذا كانت لمسلمٍ لأنّها ليستْ مُتقوّمةً في حقّ المسلمِ وإنْ كانت مالاً في حقّه وإتْلافُ مالٍ غيرِ مُتقوّمٍ لا يوجِبُ الضّمانَ ، وإنْ كانت لذِمّيٍّ يَضْمَن عندَنا خلافًا للشّافعيِّ رحمه الله ، وهي من مسائلِ الغصْب .

ومنها: أنّها نَجِسةٌ غَليظةٌ حتّى لو أصابَ ثَوْبًا أكثَرُ من قدرِ الدّرهمِ يمْنَعُ جَوازَ الصّلاةِ لأنّ اللّهَ تبارَكَ وتعالى سَمّاها رِجْسًا في كِتابه الكريم بقولِه : ﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة:٩٠] ولو بَلّ بها الحِنطةَ فغُسِلَتْ وجُفِّفَتْ وطُحِنَتْ ، فإنْ لم يوجدْ منها طَعْمُ الخمْرِ ورائحتُها يَحِلّ أكلُه وإنْ وُجِدَ لا يَحِلّ لأنّ قيامَ الطّعْمِ والرّائحةِ دَليلُ بقاءِ أجزاءِ الخمْرِ ، وزوالَها دَليلُ زوالِها ولو سُقيَتْ بَهيمةٌ منها ثُمّ ذُبحَتْ فإنْ ذُبحَتْ ساعةَ ما سُقيَتْ به تَحِلّ من غيرِ كراهةٍ لأنّها في أمعائها بعدُ فتطهُرُ بالغسْلِ وإنْ مضى عليها يومٌ أو أكثَرُ تَحِلّ مع الكراهةِ لاحتمالِ أنّها تَفرّقَتْ في العُروقِ والأعصاب .

ومنها: إذا تَخَلّلَتْ بنفسِها يَحِلّ شُرْبُ الخلِّ بلا خلافٍ لقولِه عليه الصلاة والسلام : «نِعْمَ

في المستدرك (٤/ ٤١٧) برقم (٨١٣١)، والدارقطني (٣/ ١٥٧) برقم (٢٢٣)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٣٢٠)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٨٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣٧٨) برقم (١٣٥٤٢) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل رقم (٢٣٧٨).

(١) في المطبوع: «يبيعها».

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٣٠٦) برقم (٣١٠٢)، والبيهقي بنحوه في الشعب (٥/ ٤) برقم (١٥٥٦٩)، والديلمي في الفردوس (٥/ ٢٩٧) برقم (٨٢٣٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الإدامُ الخلُّ» (١)، وإنّما يُعْرَفُ التّخَلُّلُ بالتّغَيُّرِ من المرارةِ إلى الحُموضةِ بحيثُ لا يَبْقَى فيها مَرارةٌ أصلاً عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه حتّى لو بقيَ فيها بعضُ المرارةِ لا يَحِلُّ وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ تَصيرُ خَلاًّ بظُهورِ قَليلِ الحُموضةِ فيها لأنّ من أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله أنّ العصيرَ من ماءِ العِنَبِ لا يصيرُ خمرًا إلاّ بعدَ تكامُلِ معنى الخمْريّةِ فيه فكذا الخمْرُ لا يصيرُ خَلاًّ إلاّ بعدَ تكامُلِ معنى الخليّةِ فيه، وعندَهما يصيرُ خمرًا (٢) بظُهورِ دَليلِ الخمْريّةِ ويصيرُ خَلاًّ بظُهورِ دَليلِ الخليّةِ فيه هذا إذا تَخَلّلَتْ بنفسِها، فأمّا إذا خَلّلَها صاحِبُها بعِلاجٍ من خَلٍّ أو مِلْحٍ أو غيرِهما، فالتّخْليلُ جائزٌ والخلُّ حَلالٌ عندَنا (٣).

وعندَ الشافعي: لا يجوزُ التّخْليلُ ولا يَحِلُّ الخلُّ (٤).

وإنْ خَلّلَها بالنّقْلِ من موضِعٍ إلى موضِعٍ فلا شَكّ أنّه يَحِلُّ عندَنا، ولِلشّافعيِّ رحمه الله قولانِ.

واحتَجّ بما رُوِيَ أنّ بعدَ نُزولِ تَحْريمِ الخمْرِ: كانت عندَ أبي طَلْحةَ الأنْصاريِّ رحمه الله خُمورٌ لأيتامٍ فجاءَ إلى رسولِ اللّه ﷺ وقال: ما نصْنَعُ بها يا رسول اللّه؟ فقال عليه الصلاة والسلام: **«أرِقْها»**، فقال أبو طَلْحةَ: أفَلا أُخَلِّلُها؟ قال عليه الصلاة والسلام: **«لا»** (٥)، نصّ عليه الصلاة والسلام على النّهيِ عن التّخْليلِ، وحقيقةُ النّهيِ للتّحريمِ؛

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب: الأشربة، باب: فضيلة الخل والتأدم به، برقم (٢٠٥١)، والترمذي، كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء في الخل، برقم (١٨٤١)، وابن ماجه برقم (٣٣١٦)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٦٢)، وأبو يعلى في مسنده (٧/ ٤٢٣) برقم (٤٤٤٥) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وأخرجه مسلم، كتاب الأشربة، باب: فضيلة الخل والتّأدم به، برقم (٢٠٥٢)، وأبو داود، كتاب الأطعمة، باب: في الخل، برقم (٣٨٢٠)، والترمذي، برقم (١٨٣٩)، والنسائي، برقم (٣٧٩٦)، وابن ماجه، برقم (٣٣١٧)، وأحمد، برقم (١٣٨١٣)، والدارمي، برقم (٢٠٤٨)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٧٩)، برقم (١٤٤٠١)، والطبراني في الكبير (٢/ ١٨٤)، برقم (١٧٤٩)، وأبو يعلى في مسنده (٣/ ٤٦٩)، برقم (١٩٨١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ١٤٨)، برقم (٢٤٦١٣) من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

(٢) في المطبوع: «خمورًا».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: القدوري (ص ٩٨)، المبسوط (٢٤/ ٢٢)، الهداية (٤/ ١١٣).

(٤) مذهب الشافعية: أنه لا يجوز تخليل الخمر. انظر: المجموع مع المهذب (٢/ ٥٨١).

(٥) أخرجه مسلم، كتاب: الأشربة، باب: تحريم تخليل الخمر، برقم (١٩٨٣)، وأبو داود، كتاب الأشربة، باب: ما جاء في الخمر تخلل، برقم (٣٦٧٥)، والترمذي برقم (١٢٩٤)، وأحمد برقم (١١٧٧٩)، والدارمي بنحوه برقم (٢١١٥)، والدارقطني (٤/ ٢٦٥) برقم (٤)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٧) برقم (١٠٩٨٠)، وأبو يعلى في مسنده (٧/ ١٠١) برقم (٤٠٤٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

ولأنّ في الاشتِغالِ بالتّخْليلِ احتمالَ الوُقوعِ في الفسادِ، ويتنَجّسُ [١] الظّاهرُ منه ضَرورةً، وهذا لا يجوزُ بخلافِ ما إذا تَخلّلَتْ بنفسِها.

ولنا: ما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «أيّما إهابٍ دُبِغَ فقد طَهُرَ» [٢] كالخمْرِ إذا تَخلّلَ فيَحِلُّ فحقّقَ عليه الصلاة والسلام التّخْليلَ وأثْبتَ حِلّ الخلِّ شرعًا؛ ولأنّ التّخْليلَ سببٌ لحُصولِ الحِلّ فيكونُ مُباحًا استِدْلالاً بما [٣] إذا أمسَكَها حتّى تَخلّلَتْ.

والدّليلُ على أنّه سببٌ لحُصولِ الحِلّ أنّ بهذا الصُّنْعِ صار المائعُ حامِضًا بحيثُ لا يَبينُ في الذّوْقِ أثَرُ المرارةِ فلا يَخْلو إمّا أنْ كان ذلك لغَلَبةِ الحُموضةِ المرارةَ مع بقائها في ذاتِها، وإمّا أنْ كان لتَغيُّرِ الخمْرِ من المرارةِ إلى الحُموضةِ لا سبيلَ إلى الأوّلِ لأنّه لا حُموضةَ في المِلْحِ لتَغلُّب المرارةِ.

وكذا بإلْقاءِ حُلْوٍ قَليلٍ يصيرُ حامِضًا في مُدّةٍ قَليلةٍ لا تَتَخلّلُ بنفسِها عادةً، والقليلُ لا يَغْلِبُ الكثيرَ فتَعَيّنَ أنّ ظُهورَ الحُموضةِ بإجراءِ اللّه تعالى العادةَ على أنّ مُجاوَزةَ الخلِّ يُغَيِّرُها من المرارةِ إلى الحُموضةِ في مثلِ هذا الزّمانِ فثَبَتَ أنّ التّخْليلَ سببٌ لحُصولِ الحِلّ فيكونُ مُباحًا لأنّه [٤] حينئِذٍ يكونُ اكتِسابَ مالٍ مُتَقوِّمٍ عندَنا وعندَه يكونُ اكتِسابَ المالِ وكُلُّ ذلك مشروعٌ.

وأمّا الحديثُ: فقد رُوِيَ أنّ أبا طَلْحةَ رحمه الله لَمّا قال: أفَلا أُخَلِّلُها؟ قال عليه الصلاة والسلام: «نَعَم» [٥]، فتَعارَضَتِ الرِّوايَتانِ فسَقَطَ الاحتِجاجُ على أنّه يُحمَلُ على النّهيِ عن التّخْليلِ لمعنًى في غيرِه وهو دَفْعُ عادةِ العامّةِ، لأنّ القوْمَ كانوا حَديثي العهدِ بتَحْريمِ الخمْرِ فكانت بُيوتُهم لا تخلو عن خمرٍ وفي البيتِ غِلْمانٌ وجَوارٍ وصِبْيانٌ، وكانوا ألِفوا شُرْبَ الخمْرِ وصار عادةً لهم وطَبيعةً، والنُّزوعُ عن العادةِ أمرٌ صَعْبٌ فقَيِّمُ البيتِ إنْ كان يَنْزَجِرُ عن ذلك ديانةً فقَلّ ما يَسْلَمُ الأتْباعُ عنها لو أمر بالتّخْليلِ إذْ لا يتخَلّلُ من ساعَتِها بل

---

(١) في المطبوع: «ويتجنس».
(٢) أخرجه مسلم، كتاب: الحيض، باب: طهارة جلود الميتة بالدباغ، برقم (٣٦٦)، وأبو داود، برقم (٤١٢٣)، والترمذي، (١٧٢٨)، والنسائي، (٤٢٤١)، وابن ماجه، (٣٦٠٩)، من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
(٣) في المطبوع: «بماء».
(٤) في المطبوع: «لأن».
(٥) لم أقف عليه.

بعدَ وقتٍ مُعْتَبَرٍ فيُؤَدّي إلى فسادِ العامةِ وهذا لا يجوزُ، وقد انعَدَمَ ذلك المعنى في زَمانِنا ليُقرِّرَ التّحريمُ ويألَفَ الطّبْعُ تَحْريمَها؛ حَمَلْناه على هذا دَفْعًا للتّناقُضِ عن الدّليلِ، وبه تَبيّنَ أنْ ليس فيما قُلْناه احتمالُ الوُقوعِ في الفسادِ.

وقوله: تنجس [١] الظّاهرِ منه ضَرورة، نَعَم؛ لكنْ لحاجةٍ وإنّه لَجائزٌ كدَبْغِ جِلْدِ الميْتةِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

ثُمّ لا فرقَ في ظاهرِ الرِّوايةِ بين ما إذا ألقَى فيها شيئًا قَليلاً من المِلْحِ أو السّمَكِ أو الخلِّ أو كثيرًا حتّى تَحِلّ في الحالَيْنِ [٢] جميعًا.

وروِيَ عن ابي يوسُفَ: أنّه إنْ كان الخلُّ كثيرًا لا يَحِلُّ.

وَجْهُ رِوايةِ أبي يوسُفَ رحمه الله: أنّ المُلْقَى من الخلِّ إذا كان قَليلاً فهذا تخليلٌ لظُهورِ الحُموضةِ فيها بطريقِ التّغْييرِ، فأمّا إذا كان كثيرًا فهذا ليس بتخليلٍ بل هو تَغْليبٌ لغَلَبةِ الحُموضةِ المرارةَ، فصار كما لو ألقَى فيها كثيرًا من الحلاواتِ حتّى صار حُلْوًا، أنّه لا يَحِلُّ بل يتنَجّسُ الكُلُّ فكذا هذا.

وَجهُ ظاهرِ الرواية: أنّ كُلّ ذلك تخليلٌ؛ أمّا إذا كان قَليلاً فظاهرٌ وكذلك إذا كان كثيرًا لما ذَكَرْنا أنّ ظُهورَ الحُموضةِ عندَ إلْقاءِ المِلْحِ والسّمَكِ لا يكونُ بطريقِ التّغْليب لانعِدامِ الحُموضةِ فيهما فتعَيّنَ أنْ يكونَ بطريقِ التّغْييرِ، وفي الكثيرِ يكونُ أسرَعَ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأمّا السّكَرُ والفضيخُ ونَقيعُ الزّبيب فيَحْرُمُ شُرْبُ قَليلِها وكَثيرِها لما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «الخمْرُ من هاتَينِ الشّجَرَتَينِ» وأشارَ عليه الصلاة والسلام إلى النّخْلةِ والكرْمةِ [٣]، والتي ههنا هو المُسْتَحِقُّ لاسمِ الخمْرِ فكان حَرامًا.

---

(١) في النسخة: «تنحيس». (٢) في المطبوع: «الحالتين».

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الأشربة، باب: بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل، برقم (١٩٨٥)، وأبوداود، كتاب: الأشربة، باب: الخمر مما هو؟ برقم (٣٦٧٨)، والترمذي برقم (١٨٧٥)، والنسائي برقم (٥٥٧٢)، وابن ماجه برقم (٣٣٧٨)، وأحمد برقم (٧٦٩٥)، والدارمي برقم (٢٠٩٦)، وابن حبان (١٢/ ١٦٣) برقم (٥٣٤٤)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٨٩)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٣٣٥) برقم (٢٥٦٩)، وأبو يعلى في مسنده (١٠/ ٣٩٨) برقم (٦٠٠٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٢٣٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٦٨) برقم (٢٣٧٦٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وسُئِلَ عبدُ اللّه بنُ مسعودٍ رضي الله عنه عن التّداوي بالسّكَرِ فقال: إنّ اللّهَ تبارَكَ وتعالى لم يَجْعَلْ شِفاءَكُم فيما حَرّمَ عليكُم [١].

وعن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما [أنه] [٢] قال: السّكَرُ هي الخمْرُ ليس لها كُنْيَةٌ [٣].

ورُوِيَ أنّه لَمّا سُئِلَ عن نَقيعِ الزّبيب قال: الخمْرُ أحْيَتْها [٤] أشارَ إلى عِلّةِ الحُرْمةِ وهي أنّ إيقاعَ الزّبيب في الماءِ إحياءٌ للخمرِ لأنّ الزّبيبَ إذا نُقِعَ في الماءِ يَعودُ عِنَبًا فكان نَقيعُه كعَصيرِ العِنَب، ولأنّ هذا لا يُتّخذُ إلاّ للسُّكرِ فيَحْرُمُ شُرْبُ قَليلِها وكَثيرِها.

فإنْ قيلَ: أليس أنّ اللّهَ تَبارَكَ وتعالى قال: ﴿وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلْأَعْنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل :٦٧] وهذا خرج مَخْرَجَ تَذْكيرِ النِّعْمةِ والتّنْبيه على شُكرِها فيَدُلُّ على حِلِّها؟

فالجواب: قِيلَ: إنّ الآيةَ مَنسوخةٌ بآيةِ تَحْريمِ الخمْرِ فلا يصحُّ الاحتِجاجُ بها.

والثاني: إنْ لم تكُنْ مَنسوخةً فيُحْتَمَلُ أنّ ذلك خرج مَخْرَجَ التّغْييرِ أي: إنكُم تَجْعَلونَ ما أعطاكُمُ اللّه تعالى من ثَمَراتِ النّخيلِ والأعناب [٥] -التي هي حَلالٌ- بعضَها حَرامًا وهو الشّرابُ، والبعضَ حَلالاً وهو الدِّبْسُ والزّبيبُ والخلُّ ونحوُ ذلك.

نَظيرُه قولُه تعالى: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا﴾ [يونس :٥٩] على [٦] هذا كانتِ الآيةُ حُجّةً عليكُم لأنّ التّغْييرَ على الحرامِ لا على الحلالِ.

ولا يُكفّرُ مُسْتَحِلُّها، ولكنْ يُضَلّلُ لأنّ حُرْمَتَها دونَ حُرْمةِ الخمْرِ لثُبوتِها بدَليلٍ غيرِ مقطوعٍ به من أخبارِ الآحادِ وآثارِ الصّحابةِ رضي الله عنهم على ما ذَكَرْنا ولا يُحَدُّ بشُرْب

---

(١) صحيح: أخرجه البخاري تعليقا، كتاب: الأشربة، باب: شراب الحلواء والعسل، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٤٢) برقم (٧٥٠٩)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٥)، والطبراني في الكبير (٩/ ٣٤٥) برقم (٩٧١٤)، وعبد الرزاق في مصنفه بنحوه (٩/ ٢٥١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٣٨) برقم (٢/ ٢٣٤٩) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، انظر غاية المرام رقم (٦٧).

(٢) ليست في المطبوع.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٧٥) برقم (٢٣٨٣١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٧٦) برقم (٢٣٨٤١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٥) في المطبوع: «والأعناء».

(٦) في المطبوع: «وعلى».

القليلِ منها لأنّ الحدّ إنّما يجبُ بشُرْب القليلِ من الخمْرِ ولم يوجدْ بالسُّكرِ لأنّ حُرْمةَ السُّكرِ من كُلِّ شرابٍ كحُرْمةِ الخمْرِ لثُبوتِها بدَليلٍ مقطوعٍ به، وهو نصُّ الكِتاب العزيزِ قال اللّه تعالى جَلّ شَأنُه في الآيةِ الكريمةِ: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة:٩١] وهذه المعاني تَحْصُلُ بالسُّكرِ من كُلِّ شرابٍ فكانت حُرْمةُ السُّكرِ من كُلِّ شرابٍ ثابتةً بنصِّ الكِتاب العزيز كحُرْمةِ الخمْرِ ولهذا جَمع رسولُ اللّه ﷺ بين الحُرْمَتَيْنِ في قولِه عليه الصلاة والسلام: «حُرّمَتْ عليكُمُ الخمْرُ لعَيْنِها قَليلُها وكَثيرُها والسُّكرُ من كُلّ شرابٍ»[1].

ومعلومٌ أنّه عليه الصلاة والسلام ما أرادَ به أصلَ الحُرْمةِ لأنّ ذلك لا يَقِفُ على السُّكرِ في كُلِّ شرابٍ دَلّ أنّ المُرادَ منه الحُرْمةُ الكامِلةُ التي لا شُبْهةَ فيها كحُرْمةِ الخمْرِ وكذا جَمع سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه بينهما في الحدِّ فقال: فيما أسكَرَ من النّبيذِ ثَمانونَ وفي الخمْرِ قَليلِها وكَثيرِها ثَمانونَ ويجوزُ بيعُها عندَ أبي حنيفةَ مع الكراهةِ وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا يجوزُ أصلاً.

وَجهُ قولِهما: أنّ مَحَلّ البيعِ هو المالُ وأنّه اسمٌ لما يُباحُ الانتِفاعُ به حقيقةً وشرعًا ولم يوجدْ فلا يكونُ مالاً فلا يجوزُ بيعُها كبيعِ الخمْرِ.

وَجهُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أنّ البيعَ مُبادَلةُ شيءٍ مرغوبٍ فيه بشيءٍ مرغوبٍ فيه قال اللّه تَبارَكَ وتعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُاْ ٱلضَّلَٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمْ وَمَا كَانُواْ مُهْتَدِينَ﴾ [البقرة:١٦] وقد وُجِدَ ههنا لأنّ الأشرِبةَ مرغوبٌ فيها، والمالُ اسمٌ لشيءٍ مرغوبٍ فيه إلاّ أنّ الخمْرَ مع كونِها مرغوبًا فيها لا يجوزُ بيعُها بالنّصِّ الذي رَوَيْنا والنّصُّ ورَدَ باسمِ الخمْرِ فيُقْتَصَرُ على موردِ النّصِّ.

وعلى هذا الخلافِ إذا أتْلَفَها إنسانٌ يَضْمَنُ عندَه وعندَهما لا يَضْمَنُ.

ومنها: حُكمُ نَجاسَتِها: فقد رُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّها لو أصابَتِ الثّوبَ أكثَرَ من قدرِ الدّرهمِ تمنَعُ جَوازَ الصّلاةِ لأنّه يَحْرُمُ شُرْبُ قَليلِها وكَثيرِها كالخمْرِ فكانت نَجاسَتُها غَليظةً كنَجاسةِ الخمْرِ ورُوِيَ أنّها لا تمنَعُ أصلاً لأنّ نَجاسةَ الخمْرِ إنّما ثَبَتَتْ[2]

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (١٠/ ٢١٣)، موقوفًا على ابن عباس رضي الله عنهما. وانظر «شرح معاني الآثار»، (٤/ ٢٢١)، وقد ضعفه الألباني كما في السلسلة الضعيفة، (١٢٢٠).

(٢) في المطبوع: «تثبت».

بالشّرعِ بقولِه عَزّ شَأنُه: ﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ﴾ [المائدة: ٩٠] فيختصُّ باسمِ الخمْرِ.

وعن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه اعتبَرَ فيها الكثيرَ الفاحِشَ كما في النّجاسةِ الحقيقيّةِ لأنّها وإنْ كانت مُحَرّمةَ الانتِفاعِ لكنّ حُرْمَتَها دونَ حُرْمةِ الخمْرِ حتّى لا يُكَفّرَ مُسْتَحِلُّها ولا يُحَدُّ بشُرْب القليلِ منها فأوجَبَ ذلك خِفّةً في نَجاسَتِها هذا الذي ذَكَرْنا حُكمُ النّيءِ من عَصيرِ العِنَب ونَبيذِ التّمْرِ ونَقيعِ الزّبيب.

وأمّا حُكمُ المطْبوخِ منها: أمّا عَصيرُ العِنَب إذا طُبخَ أدنى طَبْخةٍ وهو الباذَقُ أو ذَهَبَ نصفُه وبقيَ النِّصفُ وهو المُنصّفُ فيَحْرُمُ شُرْبُ قَليلِه وكَثيرِه عندَ عامّةِ العلماءِ رضي الله عنهم.

ورَوَى بِشْرٌ عن أبي يوسُفَ رحمهما الله الأوّلُ: أنّه مُباحٌ وهو قولُ حَمّادِ بنِ أبي سُلَيْمانَ ويصحُّ قولُ العامّةِ لأنّه إذا ذَهَبَ أقَلُّ من الثُّلُثَيْنِ بالطّبْخِ فالحرامُ فيه بانَ، وهو ما زادَ على الثُّلُثِ.

والدّليلُ على أنّ الزّائدَ على الثُّلُثِ حَرامٌ ما رُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه كتَبَ إلى عَمّارِ بنِ ياسِرٍ رضي الله عنه: إنّي أُتيت بشرابٍ من الشّامِ طُبخَ حتّى ذَهَبَ ثُلُثاه وبقيَ ثُلُثُه يَبْقَى حَلالُه ويَذْهَبُ حَرامُه وريحُ جُنونِه فمُرْ مَنْ قِبَلَك فلْيتوَسّعوا من أشرِبَتِهم [١] نصّ على أنّ الزّائدَ على الثُّلُثِ حَرامٌ وأشارَ إلى أنّه ما لم يَذْهَبْ ثُلُثاه فالقوّةُ المُسْكِرةُ فيه قائمةٌ، وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله عنهم، ولم يُنْقَلْ عنهم خلافُه فكان إجماعًا منهم، ولا يُحَدُّ شارِبُه ما لم يَسْكَرْ وإذا سَكِرَ حُدّ ولا يُكَفّرُ مُسْتَحِلُّه لما مَرّ، ويجوزُ بيعُه عندَ أبي حنيفةَ وإنْ كان لا يَحِلُّ شُرْبُه، وعندَهما لا يَحِلُّ شُرْبُه ولا يجوزُ بيعُه على ما ذَكَرْنا.

هذا إذا طُبخَ عَصيرُ العِنَب، فأمّا إذا طُبخَ العِنَبُ كما هو فقد حَكَى أبو يوسُفَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهما أنّ حُكمَه حُكمُ العصيرِ لا يَحِلُّ حتّى يَذْهَبَ ثُلُثاه ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهما أنّ حُكمَه حُكمُ الزّبيب حتّى لو طُبخَ أدنى طَبْخةٍ يَحِلُّ بمنزلةِ الزّبيب.

وأمّا المطْبوخُ من نَبيذِ التّمْرِ ونَقيعِ الزّبيب أدنى طَبْخةٍ، والمُنصّفُ منهما فيَحِلُّ شُرْبُه

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٩٢) برقم (٢٤٠١٠) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

ولا يَحْرُمُ إلاّ السُّكرُ منه وهو طاهرٌ يجوزُ بيعُه ويَضْمَنُ مُتْلِفُه، وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رضي الله عنهما.

وعن محمّدٍ رحمه الله رِوايَتانِ:

في رِوايةٍ: لا يَحِلُّ شُرْبُه لكنْ لا يجبُ الحدُّ إلاّ بالسُّكرِ.

وفي رِوايةٍ قال: لا أُحَرِّمُه ولكنْ لا أشرَبُ منه، والحُجَجُ تُذْكَرُ في المُثَلّثِ [١]، فأبو حنيفةَ وأبو يوسُفَ رحمهما الله يَحْتاجانِ إلى الفرقِ بين المطْبوخِ أدنى طَبْخةٍ والمُنصّفِ من عَصيرِ العِنَب.

ووَجه الفرقِ لهُمَا: أنّ طَبْخَ العصيرِ على هذا الحدِّ وهو أنْ يَذْهَبَ أقَلُّ من ثُلُثَيْه لا أثَرَ له في العصْرِ؛ لأنّ بعدَ الطّبْخِ بقيَتْ فيه قوّةُ الإسكارِ بنفسِه.

ألا تَرَى أنّه لو تُرِكَ يَغْلي ويشتدُّ من غيرِ أنْ يُخْلَطَ بغيرِه كما كان قبل الطّبْخِ لم يُعْمَلْ فيه هذا النّوعُ من الطّبْخِ فبقيَ على حالِه بخلافِ نَبيذِ التّمْرِ ونَقيعِ الزّبيب؛ لأنّه ليس فيه قوّةُ الإسكارِ بنفسِه.

ألا تَرَى أنّه لو تُرِكَ على حالِه ولا يُخْلَطُ به الماءُ لم يحتملِ الغلَيانَ أصلاً، كعَصيرِ العِنَب إذا طُبِخَ حتّى ذَهَبَ ثُلُثاه وبقيَ ثُلُثُه والماءُ يَغْلي، ويُسْكِرُ إذا خُلِطَ فيه الماءُ وإذا لم يكنْ مُسْكِرًا بنفسِه بل بغيرِه جاز أنْ يتغَيّرَ حالُه بالطّبْخِ بخلافِ العصيرِ على ما ذَكَرْنا، وإلى هذا أشارَ سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه فيما رَوَيْنا عنه من قولِه يَذْهَبُ حَرامُه وريحُ جُنونِه، يعني إذا كان يَغْلي بنفسِه [من غيرِ صَبِّ الماءِ عليه فقد بقيَ سُلْطانُه وإذا صار بحيثُ لا يَغْلي بنفسِه] [٢] بأنْ طُبِخَ حتّى ذَهَبَ ثُلُثاه فقد ذَهَبَ سُلْطانُه، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

هذا إذا نُقِعَ الزّبيبُ المدقوقُ في الماءِ، ثُمّ طُبِخَ نَقيعُه أدنى طَبْخةٍ، فأمّا إذا نُقِعَ الزّبيبُ كما هو وصُفّيَ ماؤُه ثُمّ طُبِخَ أدنى طَبْخةٍ فقد رَوَى محمّدٌ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهم الله أنّه لا يَحِلُّ حتّى يَذْهَبَ بالطّبْخِ ثُلُثاه ويَبْقَى ثُلُثُه.

ووَجْهُه: ما ذَكَرْنا أنّ إنْقاعَ الزّبيب إحياءٌ للعِنَب، فلا يَحِلُّ به عَصيرُه إلاّ بما يَحِلُّ به عَصيرُ العِنَب، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه يُعْتَبَرُ في ذلك أدنى طَبْخةٍ لأنّه زَبيبٌ

---

(١) في المطبوع: «الثلث».
(٢) سقط من المطبوع.

انتَفَخَ بالماءِ فلا يتغَيّرُ حُكمُه، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأمّا المُثلّث فنقول: لا خلافَ في أنّه ما دامَ حُلْوًا لا يُسْكِرُ يَحِلُّ شُرْبُه، وأمّا المُعَتّقُ المُسْكِرُ فيَحِلُّ شُرْبُه للتّداوي واستمْراءِ الطّعامِ والتّقَوّي على الطّاعةِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رضي الله عنهما.

ورَوَى محمّدٌ رحمه الله أنّه لا يَحِلُّ، وهو قولُ الشّافعيِّ رحمه الله وأجمَعوا على أنّه لا يَحِلُّ شُرْبُه للّهوِ والطّرَب.

كذا رَوَى أبو يوسُفَ رحمه الله في الأمالي وقال لو أرادَ أنْ يشربَ المُسْكِرَ فقَليلُه وكَثيرُه حَرامٌ وقُعودُه لذلك والمشْيُ إليه حَرامٌ.

وَجْهُ قولِ محمّدٍ والشّافعيِّ رحمهما الله: ما رُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها أنّ رسول اللّه ﷺ قال: «ما أسكَرَ كثيرُه فقَليلُه حَرامٌ» (١) ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «كُلُّ مُسكِرٍ من عَصيرِ العِنَب» إنّما سُمّيَ خمرًا لكَوْنِه مُخامِرًا للعقلِ (٢)، ومعنى المُخامَرةِ يوجدُ في سائرِ الأشربةِ المُسْكِرةِ.

وأبو حنيفةَ وأبو يوسُفَ رضي الله عنهما احتَجّا بحَديثِ رسولِ اللّه ﷺ وآثارِ الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله عنهم.

أمّا الحديث: فما ذَكَرَه الطّحاويُّ رحمه الله في شرحِ الآثارِ عن عبدِ اللّه ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الأشربة، باب: النهي عن المسكر، برقم (٣٦٨١)، والترمذي برقم (١٨٦٥)، وابن ماجه برقم (٣٣٩٣)، وأحمد برقم (١٤٢٩٣)، وابن حبان بنحوه (١٢/ ٢٠٢) برقم (٥٣٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٩٦) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (٥٥٣٠).

وأخرجه بسند صحيح كذلك النسائي في كتاب: الأشربة، باب: تحريم كل شراب أسكر كثيره، برقم (٥٦٠٧)، وابن ماجه برقم (٣٣٩٤)، وأحمد برقم (٦٥٢٢)، والدارقطني (٤/ ٢٥٤) برقم (٤٣)، والطبراني في الأوسط بنحوه (٢/ ٣١١) برقم (٢٠٧١)، وكذا عبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٢٢١) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٥٥٣٠).

وأخرجه بسند صحيح كذلك ابن ماجه، كتاب: الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام، برقم (٣٣٩٢)، وأحمد برقم (٥٦١٦)، والدارقطني (٤/ ٢٦٢) برقم (٨٣)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٩٦)، والطبراني في الكبير (١٢/ ٣٨١) برقم (١٣٤١١)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٢٢١) من حديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل.

وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٥٠) برقم (٢٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) انظر قول ابن حجر في الفتح (٤/ ٤١٥).

رضي الله تعالى عنهما أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام أُتيَ بنَبيذٍ فشمّه فقَطّبَ وجهَه لشِدّتِه، ثُمّ دَعا بماءٍ فصَبّه عليه وشرِبَ منه [١].

وأمّا الآثارُ فمنها: ما رُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه كان يشربُ النّبيذَ الشّديدَ، ويقولُ: إنّا لَنَنْحَرُ [٢] الجزورَ وإنّ العتقَ منها لآلِ عُمَرَ ولا يقطَعُه إلاّ النّبيذُ الشّديدُ.

ومنها: ما رَوَيْنا عنه أنّه كتَبَ إلى عَمّارِ بنِ ياسِرٍ رضي الله عنهما: إنّي أُتيتُ بشرابٍ من الشّامِ طُبِخَ حتّى ذَهَبَ ثُلُثاه وبقيَ ثُلُثُه يَبْقَى حَلالُه ويَذْهَبُ حَرامُه وريحُ جُنونِه، فمُرْ مَنْ قِبَلَكَ فلْيتوَسّعوا من أشرِبَتِهم، نصّ على الحِلِّ ونَبّهَ على المعنى وهو زوالُ الشّدّةِ المُسْكِرةِ بقولِه: ويَذْهَبُ ريحُ جُنونِه، ونَدَبَ إلى الشُّرْب بقولِه: فلْيتوَسّعوا من أشرِبَتِهم.

ومنها: ما رُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه أضافَ قَوْمًا فسَقاهم فسَكِرَ بعضُهم فحَدّه فقال الرّجُلُ: تَسْقيني ثُمّ تَحِدُّني، فقال سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه: إنّما أحِدُّكَ للسُّكرِ.

ورُوِيَ هذا المذهبُ عن عبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ وعبدِ اللّه ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما أنّه قال حين سُئِلَ عن النّبيذِ: اشرَبِ الواحدَ والاثنيْنِ والثّلاثةَ، فإذا خِفْت السُّكرَ فدَعْ.

وإذا ثَبَتَ الإحلالُ من هؤلاء الكِبارِ من الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله تعالى عنهم فالقولُ بالتّحريمِ يرجعُ إلى تَفسيقِهم، وأنّه بدْعةٌ ولهذا عَدّ أبو حنيفةَ رضي الله عنه إحلالَ المُثَلّثِ من شرائطِ مذهب السُّنّةِ والجماعةِ، فقال في بيانِها: أنْ يُفَضِّلَ الشّيخَيْنِ، ويُحِبّ الختَنَيْنِ، وأنْ يَرَى المسحَ على الخُفّيْنِ، وأنْ لا يَحْرُمَ نَبيذَ الخمْرِ لما أنّ في القولِ بتَحْريمِه تَفْسيقَ كِبارِ الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم، والكفُّ عن تَفْسيقِهم، والإمساكُ عن الطّعْنِ فيهم من شرائطِ السُّنّةِ والجماعةِ.

وأمّا ما ورَدَ من الأخبارِ ففيها طَعْنٌ، ثُمّ بها تَأويلٌ، ثُمّ قولٌ بموجَبها.

أمّا الطّعْنُ فإنّ يَحْيَى بنَ مَعينٍ رحمه الله قد رَدّها، وقال: لا تَصحُّ عن النّبيِّ عليه

---

(١) انظر علل ابن أبي حاتم (٢/ ٢٦) برقم (١٥٥٢)، وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦٧٦)، وقال ابن الجوزي: هذا حديث منكر، ونقول: في إسناده يحيى بن اليمان وقد اشتهر بسوء حفظه وكثرة غلطه وقال عنه أبو حاتم الرازي: مضطرب الحديث.

(٢) في المطبوع: «لتّنحر».

الصلاة والسلام وهو من نَقَلةِ الأحاديثِ، فطَعْنُه يوجِبُ جَرْحًا في الحديثَيْنِ.

وأما التأويل: فهو أنّها محمولةٌ على الشُّرْب للتّلَهّي تَوْفيقًا بين الدّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ.

وأما القولُ بالموجَب: فهو أنّ المُسْكِرَ عندَنا حَرامٌ، وهو القدَحُ الأخيرُ؛ لأنّ المُسْكِرَ ما [1] يَحْصُلُ به الإسكارُ، وأنّه يَحْصُلُ بالقدَحِ الأخيرِ، وهو حَرامٌ قَليلُه وكَثيرُه، وهذا قولٌ بموجَب الأحاديثِ إنْ ثَبَتَتْ بحَمْدِ اللّه تعالى.

وأما قولُهم: إنّ هذه الأشرِبةَ خمرٌ لوجودِ معنى الخمْرِ فيها، وهو صِفةُ مُخامَرةِ العقلِ قُلْنا: اسمُ الخمْرِ للنّيءِ من ماءِ العِنَب إذا صار مُسْكِرًا حقيقةٌ، ولِسائرِ الأشرِبةِ مَجازٌ؛ لأنّ معنى الإسكارِ والمُخامَرةِ فيه كامِلٌ، وفي غيرِه من الأشرِبةِ ناقِصٌ فكان حقيقةً له مَجازًا لغيرِه، وهذا لأنّه لو كان حقيقةً لغيرِه لَكان الأمرُ لا يَخْلو من أحدِ وجهَيْنِ:

إمّا أنْ يكونَ اسمًا مُشْتَرَكًا، وإمّا أنْ يكونَ اسمًا عامًّا ولا [2] سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ شرطَ الاشتِراكِ اختلافُ المعنى، فالاسمُ المُشْتَرَكُ ما يقعُ على مُسَمّياتٍ مُخْتَلِفةِ الحُدودِ والحقائقِ، كاسمِ العيْنِ ونحوِها، وههنا ما اختلف، ولا سبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّ من شرطِ العُمومِ: أنْ تكونَ أفرادُ العُمومِ مُتَساويةً في قَبولِ المعنى الذي وُضِعَ له اللّفْظُ لا مُتَفاوِتةً، ولم يوجدِ التّساوي ههنا، وإذا لم يكنْ بطريقِ الحقيقةِ تَعَيّنَ أنّه بطريقِ المجازِ فلا يتناوَلُها مُطْلَقُ اسمِ الخمْرِ، واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأما الجمهوريُّ: فحُكمُه حُكمُ المُثَلّثِ؛ لأنّه مُثَلّثٌ يَرِقُّ بصَبِّ الماءِ عليه ثُمّ يُطْبَخُ أدنى طَبْخةٍ لئلّا يَفْسُدَ.

وأما الخليطانِ: فحُكمُهما عندَ الاجتماعِ ما هو حُكمُهما عندَ الانفِرادِ من النّيءِ عنهما والمطْبوخِ.

وقد ذَكَرْناه وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه نَهَى عن شُرْب التّمْرِ والزّبيب جميعًا والزّهْوِ والرُّطَب جميعًا [3]، وهو محمولٌ على النّيءِ والسُّكرِ منه، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

---

(١) في المطبوع: «لا».

(٢) في المطبوع: «لا».

(٣) سبق تخريجه.

ورُوِيَ أنّه عليه الصلاة والسلام نَهى عن نَبيذِ البُسْرِ والتّمْرِ والزّبيب جميعًا [(١)] ولو طُبخ أحدُهما، ثُمّ صُبّ قَدَحٌ من النّيءِ فيه أفْسَدَه، سَواءٌ كان من جِنْسِه أو خلافِ جِنْسِه؛ لأنّه اجتَمع الحلالُ والحرامُ فيَغْلِبُ الحرامُ الحلالَ ولو خُلِطَ العصيرُ بالماءِ فإنْ تُرِكَ حتّى اشتَدّ، لا شَكّ أنّه لا يَحِلُّ، وإنْ طُبخَ حتّى ذَهَبَ ثُلُثاه ففيه نَظَرٌ:

إنْ كان الماءُ هو الذي يَذْهَبُ أوّلاً بالطّبْخِ يُطْبَخُ حتّى يَذْهَبَ قدرُ الماءِ، ثُمّ يُطْبَخُ العصيرُ حتّى يَذْهَبَ ثُلُثاه فيَحِلُّ، وإنْ كان الماءُ والعصيرُ يَذْهَبانِ مَعًا بالطّبْخِ حتّى يَذْهَبَ ثُلُثا الجملةِ فلا يَحِلُّ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

وأمّا المِزْرُ والجِعةُ والبِتْعُ وما يُتّخَذُ من السُّكّرِ والتّينِ ونحوِ ذلك فيَحِلُّ شُرْبُه عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه قَليلاً كان أو كثيرًا، مَطْبوخًا كان أو نيئًا [(٢)]، ولا يُحَدُّ شارِبُه وإنْ سَكِرَ.

ورُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه حَرامٌ بناءً على أصلِه، وهو أنّ ما أسكَرَ كثيرُه فقَليلُه حَرامٌ كالمُثَلّثِ.

وقال أبو يوسفَ رحمه الله: ما كان من [هذه] [(٣)] الأشربةِ يَبْقَى بعدَما يَبْلُغُ عشرةَ أيّامٍ ولا يَفْسُدُ فإنّي أكرَهُه، وكذا رُوِيَ عن محمّدٍ، ثُمّ رَجَعَ أبو يوسُفَ عن ذلك إلى قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ الأوّلِ: أنّ بقاءَه وعَدَمَ فسادِه بعدَ هذه المُدّةِ دَليلُ شِدّتِه، وشِدّتَه دَليلُ حُرْمَتِه.

وَجْهُ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله: أنّ الحُرْمةَ مُتَعَلّقةٌ بالخمْريّةِ لا تَثْبُتُ إلاّ بشِدّةٍ، والشّدّةُ لا توجَدُ في هذه الأشربةِ فلا تَثْبُتُ الحُرْمةُ، والدّليلُ على انعِدامِ الخمْريّةِ أيضًا ما رَوَيْنا عن

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الأشربة، باب: من رأى أن لا يخلط البسر والتمر... برقم (٥٦٠١)، ومسلم، كتاب: الأشربة، باب: كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين، برقم (١٩٨٦)، والنسائي، كتاب: الأشربة، باب: خليط البسر والرطب، برقم (٥٥٥٤)، وأحمد برقم (١٣٧٨٧)، والطبراني في الأوسط (٧/ ٢٣٠) برقم (٧٣٥٢)، وأبو يعلى في مسنده (٣/ ٣٠٢) برقم (١٧٦٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/ ٢١٣) بنحوه، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٩٣) برقم (٢٤٠١٩) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) في المطبوع: «نيًّا».

(٣) ليست في المطبوع.

النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «الخمرُ من هاتَينِ الشجَرتَينِ» [(١)] ذَكَرَ عليه الصلاة والسلام الخمْرَ (فاللاّمُ للجِنْسِ) [(٢)] فاقْتَضى اقْتِصار الخمْريّةِ على ما يُتّخذُ من الشّجَرتَيْنِ وإنّما لا يجبُ الحدُّ وإنْ سَكِرَ منه؛ لأنّه سُكرٌ حَصَلَ بتَناوُلِ شيءٍ مُباحٍ، وأنّه لا يوجِبُ الحدّ كالسُّكرِ الحاصِلِ من تَناوُلِ البنجِ والخُبْزِ في بعضِ البلادِ بخلافِ ما إذا سَكِرَ بشُرْب المُثلّثِ أنّه يجبُ الحدُّ؛ لأنّ السُّكرَ هناك حَصَلَ بتَناوُلِ المحظورِ وهو القدَحُ الأخيرُ.

وأمّا ظُروفُ الأشرِبةِ المُحرّمةِ فيُباحُ الشُّرْبُ منها إذا غُسِلَتْ إلاّ الخزَفَ الجديدَ الذي يُتَشرّبُ فيها على الاختلافِ الذي عُرِفَ في كِتاب الصّلاةِ، والأصلُ فيه قولُ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «إنّي كُنتُ نَهَيتُكم عن الشُّرب في الدُّبّاءِ والحنتَمِ [(٣)] والمُزَفّتِ، ألا فاشرَبوا في كُلِّ ظَرْفٍ فإنّ الظُّروفَ لا تُحِلُّ شيئًا ولا تُحرِّمُهُ» [(٤)].

وأمّا بيانُ حَدِّ السُّكرِ الذي يتعَلّقُ به وجوبُ الحدِّ فقد اختُلِفَ في حَدِّه، قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه السّكرانُ الذي يُحَدُّ هو الذي لا يعقِلُ قَليلاً ولا كثيرًا، ولا يعقِلُ الأرضَ من السّماءِ والرّجُلَ من المرأةِ، وقال أبو يوسُفَ رحمه الله تعالى ومحمّدٌ رحمه الله: السّكرانُ هو الذي يَغْلِبُ على كلامِه الهذَيانُ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه يُمْتَحَنُ بـ ﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾ [الكافرون:١] فيُسْتقرأُ، فإنْ لم يقدِرْ على قِراءَتِها فهو سَكرانٌ، لما رُوِيَ أنّ رجلاً صَنَعَ طعامًا فدَعا سَيِّدَنا أبا بَكرٍ وسَيِّدَنا عُمَرَ وسَيِّدَنا عثمانَ وسَيِّدَنا عَليًّا وسَيِّدَنا سَعْدَ بنَ أبي وقّاصٍ رضي الله تعالى عنهم فأكَلوا وسَقاهم خمرًا وكان قبل تَحْريمِ الخمْرِ فحَضرَتْهم صَلاةُ المغْرِب فأمّهم واحدٌ منهم فقرأ: ﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾ [الكافرون:١] على طرْحِ: ﴿لَآ أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ﴾ [الكافرون:٢] فنزل قولُه - تَبارَكَ وتعالى - ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء:٤٣] [(٥)].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المطبوع: «بلام الجنس».

(٣) الحنتم: الجراء المدهونة باللون الأخضر، وهي من أواني الخمر. انظر: معجم لغة الفقهاء (١٨٧).

(٤) أورده الزيلعي بلفظه في نصب الراية (٤/ ٣٠٩)، والحديث في الصحيح، أخرجه مسلم، كتاب: الأشربة، باب: النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم، برقم (٩٧٧)، والترمذي، كتاب: الأشربة، باب: ما جاء في الرخصة أن ينبذ في الظروف، برقم (١٨٦٩)، وأحمد برقم (٢٢٥٠٧) من حديث بريدة رضي الله عنه.

(٥) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الأشربة، باب: في تحريم الخمر، برقم (٣٦٧١)، والترمذي،

وهذا الامتِحانُ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ من السُّكارَى مَنْ لم يتعَلّم هذه السّورةَ من القرآنِ أصلاً، ومَنْ تَعَلّمَ فقد يتعَذّرُ عليه قِراءَتُها في حالةِ الصّحْوِ خُصوصًا مَنْ لا اعتِناءَ له بأمرِ القرآنِ فكيف في حالةِ السُّكرِ.

وقال الشافعيُ رحمه الله: إذا شرِبَ حتّى ظَهَرَ أثَرُه في مشيِه وأطْرافِه وحَرَكاتِه، فهو سَكرانُ، وهذا أيضًا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ هذا أمرٌ لا ثَباتَ له؛ لأنّه يختلِفُ باختلافِ أحْوالِ النّاسِ، منهم مَنْ يَظْهَرُ ذلك منه بأدنى شيءٍ، ومنهم مَنْ لا يَظْهَرُ فيه وإنْ بَلَغَ به السُّكرُ غايته.

وجهُ قولِهما: شهادةُ العُرْفِ والعادةِ فإنّ السّكرانَ في مُتَعارَفِ النّاسِ اسمٌ لمَنْ هذَى وإليه أشارَ سَيِّدُنا عَليٌّ رضي الله عنه بقولِه: إذا سَكِرَ هذَى، وإذا هذَى افْتَرَى، وحَدُّ المُفْتَري ثَمانونَ وأبو حنيفةَ عليه الرّحمةُ يُسَلِّمُ ذلك في الجملةِ، فيقولُ: أصلُ السُّكرِ يُعْرَفُ بذلك لكنّه اعتُبرَ في باب الحُدودِ ما هو الغايةُ في الباب احتياطاً للدّرْءِ المأمورِ به بقولِه ﷺ: «ادرَءوا الحُدودَ ما استطَعْتُم»[(١)] ولا يُعْرَفُ بُلوغُ السُّكرِ غايته إلاّ بما ذُكِرَ، واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ[(٢)].

* * *

برقم (٣٠٢٦)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٣٣٦) برقم (٣١٩٩)، والبيهقي في الكبرى (١/ ٣٨٩) برقم (١٦٩٨)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٥٦) برقم (٨٢)، والبزار في مسنده (٢/ ٢١١)، برقم (٥٩٨) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، انظر صحيح سنن أبي داود.

(١) سبق تخريجه في (كتاب: الحدود).

(٢) إلى هنا تم مقابلة المطبوعة على نسخة أخرى قديمة.



كتاب الاستحسان



كتاب الاستحسان

وقد يُسَمّى كِتابَ: الحظْرِ والإباحةِ، وقد يُسَمّى كِتابَ: الكراهةِ [١]، والكلامُ في هذا الكِتاب في الأصلِ في موضِعَيْنِ:

في بيانِ معنى اسمِ الكِتاب.

وفي بيانِ أنواعِ المحظوراتِ والمُباحاتِ المجموعةِ فيه.

أما الأول: فالاستِحْسانُ يُذْكَرُ ويُرادُ به كونُ الشّيءِ على صِفةِ الحسَنِ ويُذْكَرُ ويُرادُ به فعلُ المُسْتَحْسَنِ وهو رُؤْيةُ الشّيءِ حَسَنًا يُقالُ: استَحْسَنْت كذا، أي رأيته حَسَنًا، فاحتَمَلَ تخصيصُ هذا الكِتاب بالتّسْميةِ بالاستِحْسانِ لاختصاصِ عامّةِ ما أُورِدَ [٢] فيه من الأحْكامِ بحَسَنٍ ليس في غيرِها، ولِكَوْنِها على وجهٍ يَسْتَحْسِنُها العقلُ والشّرعُ.

وأمّا التّسْميةُ بالحظْرِ والإباحةِ فتَسْميةٌ طابقَتْ معناها ووافَقَتْ مُقْتَضاها لاختصاصِه ببيانِ جملةٍ من المحظوراتِ والمُباحاتِ وكذا التّسْميةُ بالكراهةِ [٣] لأنّ الغالِبَ فيه بيانُ المُحَرّماتِ وكُلُّ مُحَرّمٍ مَكروهٌ [في] [٤] الشّرعِ لأنّ الكراهةَ [٥] ضِدُّ المحَبّةِ والرِّضا قال اللّه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَهُوَ خَيۡرٞ لَّكُمۡۖ وَعَسَىٰٓ أَن تُحِبُّواْ شَيۡـٔٗا وَهُوَ شَرّٞ لَّكُمۡۚ﴾ [البقرة:٢١٦] والشّرعُ لا يُحِبُّ الحرامَ ولا يَرْضَى به إلاّ أنّ ما تَثْبُتُ [٦] حُرْمَتُه بدَليلٍ مقطوعٍ به من نصِّ الكِتاب العزيزِ أو غيرِ ذلك فعادةُ محمّدٍ أنّه يُسَمّيه حَرامًا على الإطلاقِ وما تَثْبُتُ [٧] حُرْمَتُه بدَليلٍ غيرِ مقطوعٍ به من أخبارِ الآحادِ وأقاويلِ الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله عنهم وغيرِ ذلك يُسَمّيه مَكروهًا ورُبّما يَجْمَعُ بينهما فيقولُ حَرامٌ مَكروهٌ إشْعارًا منه أنّ حُرْمَتَه ثَبَتَتْ بدَليلٍ ظاهرٍ لا بدَليلٍ قاطِعٍ.

---

(١) في المخطوط: «الكراهية».
(٢) في المخطوط: «أودع».
(٣) في المخطوط: «بالكراهية».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «الكراهية».
(٦) في المخطوط: «ثبتت».
(٧) في المخطوط: «ثبتت».

وأمّا بيانُ أنواعِ المُحَرّماتِ والمُحَلّلاتِ المجموعةِ فيه فنَقولُ وباللّه تعالى التّوْفيقُ المُحَرّماتُ المجموعةُ في هذا الكِتاب في الأصلِ نوعانِ:

نوعٌ ثَبَتَتْ حُرْمَتُه في حقِّ الرِّجالِ والنِّساءِ جميعًا.

ونوعٌ ثَبَتَتْ حُرْمَتُه في حقِّ الرِّجالِ دونَ النِّساءِ.

أمّا الذي ثَبَتَتْ حُرْمَتُه في حق الرجالِ والنساءِ جميعًا: فبعضُها مَذْكورٌ في مواضِعِه في (١) الكُتُب فلا نُعيدُه ونَذْكُرُ [٤/ ٤٢أ] ما لا ذِكرَ له في الكُتُب.

ونَبْدَأُ بما بَدَأَ به محمّدٌ رحمه الله الكِتابَوهو:

حُرمةُ النَّظَرِ والمس:

والكلامُ فيها في ثلاثة مواضِعَ:

أحدُها: في بيانِ ما يَحِلُّ من ذلك ويَحْرُمُ للرّجُلِ من المرأةِ والمرأةِ من الرّجُلِ.

والثاني: في بيانِ ما يَحِلُّ ويَحْرُمُ للرّجُلِ من الرّجُلِ.

والثالث: في بيانِ ما يَحِلُّ ويَحْرُمُ للمرأةِ من المرأةِ.

أمّا الأوّلُ: فلا يُمْكِنُ الوُصولُ إلى معرِفَتِه إلاّ بعدَ معرِفةِ أنواعِ النِّساءِ فنَقولُ وباللّه تعالى التّوْفيقُ:

النِّساءُ في هذا الباب سَبْعةُ أنواعٍ: نوعٌ منهُنّ المنكوحاتُ، ونوعٌ منهُنّ الممْلوكاتُ، ونوعٌ منهُنّ ذَواتُ الرّحِمِ المحرَمِ وهو الرّحِمُ المحرِّمُ للنِّكاحِ كالأُمِّ والبنتِ والعمّةِ والخالةِ، ونوعٌ منهُنّ ذَواتُ الرّحِمِ بلا محرَم وهُنّ المحارِمُ من جِهةِ الرّضاعِ والمُصاهَرةِ، ونوعٌ منهُنّ مَمْلوكاتُ الأغْيارِ، ونوعُ منهُنّ مَنْ لا رَحِمَ لهُنّ أصلاً ولا محرَمَ وهُنّ الأجنبيّاتُ الحرائرُ، ونوعٌ منهُنّ ذَواتُ الرّحِمِ بلا محرَمٍ وهو الرّحِمُ الذي لا يُحَرِّمُ النِّكاحَ كبنتِ العمِّ والعمّةِ والخالِ والخالةِ.

أمّا النّوعُ الأوّلُ: وهُنّ (٢) المنكوحاتُ فيَحِلُّ للزّوجِ النّظَرُ إلى زوجَتِه ومسُّها من رأسِها إلى قَدَمِها لأنّه يَحِلُّ له وطْؤُها لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٥-٦] وأنّه فوْقَ النّظَرِ والمسِّ فكان

(١) في المخطوط: «من».

(٢) في المخطوط: «وهو».

إحلاله إحلالاً لهما من طريقِ الأولى إلاّ أنّه لا يَحِلُّ له وطْؤها في حالةِ الحيضِ لقولِه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة:٢٢٢] فصارتْ حالةُ الحيضِ مَخْصوصةً عن عُمومِ النّصِّ الذي تَلونا، وهل يَحِلُّ الاستمْتاعُ بها فيما دونَ الفرجِ؟

اختُلِفَ فيه:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما: لا يَحِلُّ الاستمْتاعُ [بها] [١] إلا بما فوْقَ الإزارِ وقال محمّدٌ رحمه الله يَجْتَنِبُ شِعارَ الدّمِ وله ما سِوَى ذلك.

واختلف المشايخُ في تَفْسيرِ قولِهما: بما فوْقَ الإزارِ.

قال بعضهم: المُرادُ منه ما فوْقَ السُّرّةِ [٢] فيَحِلُّ الاستمْتاعُ بما (فوْقَ سُرّتِها) [٣] ولا يُباحُ بما تحتَها إلى الرُّكبةِ وقال بعضُهم المُرادُ منه مع الإزارِ فيَحِلُّ الاستمْتاعُ بما تحت سُرّتِها سِوَى الفرجِ لكنْ مع المِئْزَرِ لا مَكشوفًا ويُمْكِنُ العمَلُ بعُمومِ قولِهما بما فوْقَ الإزارِ لأنّه [٤] يتناوَلُ ما فوْقَ السُّرّةِ وما تحتَها سِوَى الفرجِ مع المِئْزَرِ إذْ كُلُّ ذلك فوْقَ الإزارِ فيكونُ عَمَلاً بعُمومِ اللّفْظِ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَجْهُ قولِ محمّد: ظاهرُ قولِه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى [فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ] [٥]﴾[البقرة: ٢٢٢] جعل الحيضَ أذًى فتختَصُّ الحُرْمةُ بموضِعِ الأذَى وقد رُوِيَ أنّ سَيِّدَتَنا عائشةَ رضي الله عنها سُئِلَتْ عَمّا يَحِلُّ للرّجُلِ من امرأتِه الحائضِ فقالت: يَتّقي شِعارَ الدّمِ وله ما سِوَى ذلك [٦].

ووَجْه قولِهما: ما رُوِيَ عن رسولِ الله ﷺ أنّه قال: «**لها ما تحت السُّرّةِ وله ما فوْقَها**» [٧] ورُوِيَ أنّ [٨] أزْواجَ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام كُنّ إذا حِضْنَ أمرهُنّ أنْ يَتّزِرْنَ ثُمّ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «سرتها».
(٣) في ا لمخطوط: «فوقها».
(٤) في المخطوط: «لا».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) أخرجه الدارمي بنحوه، كتاب: الطهارة، باب: مباشرة الحائض، برقم (١٠٤٠)، وأخرجه الشيباني في المبسوط واللفظ له (٣/ ٦٩).
(٧) لم أقف عليه.
(٨) في المخطوط: «عن».

يُضاجِعُهُنّ [١]، ولأنّ الاستمْتاعَ بها بما يقرُبُ من الفرجِ سببُ الوُقوعِ في الحرام.

قال رسولُ اللّه ﷺ: «الا إنّ لكُلّ مَلِكٍ حِمًى وإنّ حِمَى اللّه مَحارِمُه فمَنْ حامَ حَوْلَ الحِمَى يوشِكُ أنْ يقعَ فيه»، وفي رِوايةٍ: «مَنْ رَتَعَ حَوْلَ الحِمَى يوشِكُ أنْ يقعَ فيه» [٢] والمُسْتمتِعُ بالفخِذِ يَحومُ حَوْلَ الحِمَى ويَرْتَعُ حَوْلَه فيوشِكُ أنْ يقعَ فيه دَلّ [٣] أنّ الاستمْتاعَ به سببُ الوُقوعِ في الحرامِ، وسببُ الحرامِ حَرامٌ أصلُه الخلوةُ بالأجنَبيّةِ.

وأمّا الآيةُ الكريمةُ فحُجّةٌ عليه لأنّ ما حَوْلَ الفرجِ لا يَخْلو عن الأذَى عادةً فكان الاستمْتاعُ به استعمالَ الأذَى وقولُ سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها له ما سِوَى ذلك أي مع الإزارِ فحُمِلَ على هذا تَوْفيقًا بين الدّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ.

وكذلك المرأةُ يَحِلُّ لها النّظَرُ إلى زوجِها واللّمْسِ من فرقِه إلى قَدَمِه لأنّه حَلّ لها ما هو أكثَرُ من ذلك وهو التّمْكينُ من الوطْءِ فهذا أولى ويَحِلُّ النّظَرُ إلى عَيْنِ فرجِ المرأةِ المنكوحةِ لأنّ الاستمْتاعَ به حَلالٌ فالنّظَرُ إليه أولى إلاّ أنّ الأدَبَ غَضُّ البصَرِ عنه من الجانِبينِ لما رُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالت: قُبِضَ رسولُ اللّه ﷺ وما نَظَرْت إلى ما منه ولا نَظَرَ إلى ما مِنّي [٤].

ولا يَحِلُّ إتْيانُ الزّوجةِ [٥] في دُبُرِها لأنّ اللّهَ تعالى عَزّ شأنُه نَهَى عن قُرْبانِ الحائضِ ونَبّهَ على المعنى وهو كونُ المحيضِ أذًى والأذَى، في ذلك المحَلِّ أفْحَشُ وأذَمُّ [٦] فكان (أولى بالتّحريم) [٧].

[٤/ ٤٢ب] ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّ رسول اللّه ﷺ قال: «مَنْ أتَى حائضًا أو امرأةً في دُبُرِها أو أتَى كاهنًا فصَدّقَه فيما يقولُ فهو كافرٌ بما أُنزِلَ على محمّدٍ ﷺ» [٨]،

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الحيض، باب: مباشرة الحائض، برقم (٣٠٣)، ومسلم، برقم (٢٩٤)، وأبو داود، برقم (٢١٦٧)، والنسائي، (٢٨٧)، من حديث ميمونة زوج النبي رضي الله عنها.

(٢) سبق تخريجه في كتاب النكاح.

(٣) في المخطوط: «فدل».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في المخطوط: «المرأة».

(٦) في المخطوط: «أدوم».

(٧) في المخطوط: «بالتحريم أليق».

(٨) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الطب، باب: في الكاهن، برقم (٣٩٠٤)، والترمذي برقم (١٣٥)، وابن ماجه برقم (٦٣٩)، وأحمد برقم (٩٠٣٥)، والدارمي برقم (١١٣٦)، وإسحاق بن راهويه بنحوه في مسنده (١/ ٤٢٣) برقم (٤٨٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٥٣٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح سنن أبي داود.

وروى أنه عليه السلام نَهَى عن إتْيانِ النِّساءِ في مَحاشِّهِنّ: أي [في] [١] أدبارِهِنّ، وعلى ذلك جاءَتِ الآثارُ من الصّحابةِ الكِرامِ رضي الله تعالى عنهم أنّها سُمّيَتِ اللّوطيّةَ الصُّغْرَى ولأنّ حِلّ الاستمْتاعِ في الدُّنْيا لا يَثْبُتُ لحقِّ قضاءِ الشّهَواتِ خاصّةً لأنّ لقضاءِ الشّهَواتِ خاصّةً دارًا أُخرى وإنّما يَثْبُتُ لحقِّ قضاءِ الحاجاتِ وهي حاجةُ بقاءِ النّسْلِ إلى انقِضاءِ الدُّنْيا إلاّ أنّه رُكِّبَتِ الشّهَواتُ في البشرِ للبَعْثِ على قضاءِ الحاجاتِ وحاجةُ النّسْلِ لا تحتَمِلُ الوُقوعَ في الأدبارِ فلو ثَبَتَ الحِلُّ لَثَبَتَ لحقٍّ [٢] قضاءِ الشّهوةِ خاصّةً والدُّنْيا لم تُخلَقْ له.

وأمّا النّوعُ الثّاني: وهُنّ [٣] المملوكاتُ، فحُكمُهُنّ حُكمُ المنكوحاتِ فيَحِلُّ للمولى النّظَرُ إلى سائرِ بَدَنِ جاريَتِهِ ومسُّها من رأسِها إلى قَدَمِها لأنّه حِلٌّ له ما هو أكثَرُ منه لقولِهِ عَزّ وجَلّ ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء :٣] الآيةَ إلاّ أنّ حالةَ الحيضِ صارتْ مَخصوصةً فلا يقرَبُها في حالةِ الحيضِ ولا يأتي [٤] في دُبُرِها لما ذَكَرْنا من الدّلائلِ وفي الاستمْتاعِ بها فيما دونَ الفرجِ على الاختلافِ، والله أعلم.

وكذا إذا مَلَكها [٥] بسائرِ أسباب الملكِ لا يَحِلُّ له أنْ يقربَها قبل أنْ يَسْتَبْرِئَها.

والأصلُ [فيه] [٦] ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال في سَبايا أوطاسٍ: **«ألا لا توطَأُ الحبالى حتّى يَضَعْنَ ولا الحيالى حتّى يُسْتَبْرأنَ بحيضةٍ»** [٧]؛ ولأنّ فيه خَوْفَ اختلاطِ المياه وقد قال رسولُ اللّه ﷺ: **«مَنْ كان يُؤْمِنُ باللّه واليومِ الآخِرِ فلا يَسْقِيَنّ ماءَه زَرْعَ غيرِه»** [٨]، وكذا فيه

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بحق».
(٣) في المخطوط: «وهو».
(٤) في المخطوط: «يأتيها».
(٥) في المخطوط: «مسها».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: النكاح، باب: في وطء السبايا، برقم (٢١٥٧)، والدارمي برقم (٢٢٩٥)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢١٢) برقم (٢٧٩٠)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٢٩) برقم (١٠٥٧٢) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، انظر صحيح سنن أبي داود.
(٨) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: النكاح، باب: في وطء السبايا، برقم (٢١٥٨)، وأحمد برقم (١٦٥٤٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٤٩) برقم (١٥٣٦٦)، والطبراني في الكبير (٥/ ٢٦) برقم (٤٤٨٢)، والديلمي في الفردوس (٣/ ٥١١) برقم (٥٥٨٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٧/ ٣٩٤) برقم (٣٦٨٨٤) من حديث رويفع بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (٦٥٠٧).

وهم ظُهورُ الحبَلِ بها فيَدّعيه ويَسْتَحِقُّها فيتبيّنُ [(١)] أنّه يَسْتمتِعُ [(٢)] بملكِ الغيرِ.

وأمّا الدّواعي من القُبْلةِ، والمُعانَقةِ، والنّظَرِ إلى الفرجِ عن شهوةٍ، فلا يَحِلُّ عندَ عامّةِ العلماءِ إلاّ في المسبيّةِ وقال مَكحولٌ رحمه الله: يَحِلُّ.

وَجهُ قولِه: أنّ الملكَ في الأصلِ مُطْلقُ التّصرُّف [(٣)] ولهذا لم تَحْرُم الدّواعي في المسبيّةِ ولا على الصّائمِ فكان يَنْبَغي أنْ لا يَحْرُمَ القُرْبانُ أيضًا إلاّ أنّ الحُرْمةَ عَرَفْناها بالنّصِّ فتقتَصِرُ الحُرْمةُ على موردِ النّصِّ على أنّ النّصّ إنْ كان معلولاً بخَوْفِ اختلاطِ المياه فهذا معنى لا يحتملُ التّعْديةَ إلى الدّواعي فلا يتعَدّى إليها.

وَجهُ قولِ العامةِ: أنّ حُرْمةَ القُرْبانِ إنّما تَثْبُتُ [(٤)] خَوْفًا عن تَوَهُّمِ العُلوقِ وظُهورِ الحبَلِ [وعندَ الدّعْوةِ والاستِحْقاقِ] [(٥)] يَظْهَرُ أنّ الاستمْتاعَ (صادَفَ ملكَ) [(٦)] الغيرِ وهذا المعنى موجودٌ في الدّواعي من المُسْتبْرأةِ ونحوِها فيتعَدّى إليها ولا يتعَدّى في المسبيّةِ فيقتَصِرُ الحُكمُ فيها على موردِ النّصِّ ولأنّ الاستمْتاعَ بالدّواعي وسيلةٌ إلى القُرْبانِ والوسيلةُ إلى الحرام حَرامٌ أصلُه الخلوةُ وهذا أولى لأنّ الخلوةَ في التّوَسُّلِ إلى الحرامِ دونَ المسِّ فكان تَحْريمُها تَحْريمًا للمسِّ بطريقِ الأولى كما في تَحْريم التّأفيفِ من الضّرْب والشّتْمِ ومَنِ اعتَمَدَ على هذه النُّكتةِ مَنَعَ فضْلَ المسبيّةِ وزَعَمَ أنْ [(٧)] لا نصّ فيها عن أصحابنا، وهو غيرُ سَديدٍ، فإنّ حِلّ الدّواعي من المسبيّةِ مَنصوصٌ عليه من محمّدٍ رحمه الله فلا يَسْتَقيمُ المنعُ، فكان الصّحيحُ هو العِلّةَ الأولى وحُرْمةُ الدّواعي في باب الظِّهارِ والإحرامُ ثَبَتَ لمعنًى آخَرَ ذَكَرْناه في كِتاب الحجِّ والظِّهار.

وأما النّوعُ الثّالِث: وهو ذاتُ الرّحِم المحرَم فيَحِلُّ للرّجُلِ النّظَرُ من ذَواتِ مَحارِمِه إلى رأسِها وشَعْرِها وأُذُنَيْها وصَدْرِها وعَضُدِها وثَدْيِها وساقِها وقَدَمِها لقولِه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآيةَ نَهاهُنّ سبحانه وتعالى عن إبْداءِ الزّينةِ مُطْلقًا واستَثْنى سبحانه إبْداءَها للمَذْكورينَ في الآيةِ الكريمةِ منهم ذو الرّحِمِ المحرَمِ والاستثناءُ من الحظْرِ إباحةٌ في الظّاهرِ.

---

(١) في المخطوط: «فتبين».
(٢) في المخطوط: «استمتع».
(٣) في المخطوط: «للتصرف».
(٤) في المخطوط: «ثبتت».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «كان بملك».
(٧) في المخطوط: «أنه».

والزّينةُ نوعانِ:

ظاهرةٌ، وهو الكُحْلُ في العيْنِ والخاتَمُ في الأُصْبُعِ والفتْخةُ [١] للرّجُلِ.

وباطِنةٌ، وهو العِصابةُ للرّأسِ والعِقاصُ للشّعْرِ والقُرْطُ للأُذُنِ والحمائلُ للصّدْرِ والدُّمْلوجُ للعَضُدِ والخلخالُ للسّاقِ والمُرادُ من الزّينةِ مواضِعُها لا نفسُها لأنّ إبْداءَ نفسِ الزّينةِ ليس بمَنْهيٍّ.

وقد ذَكَرَ سبحانه وتعالى الزّينةَ مُطْلَقةً فيتناوَلُ النّوعَيْنِ جميعًا فيَحِلُّ النّظَرُ إليها بظاهِرِ النّصِّ ولأنّ المُخالَطةَ بين المحارِمِ للزّيارةِ وغيرِها ثابتةٌ عادةً فلا يُمْكِنُ صيانةُ مواضِعِ الزّينةِ عن الكشْفِ إلاّ بحَرَجٍ وأنّه مدفوعٌ شرعًا وكُلُّ ما جاز النّظَرُ إليه منهُنّ من غيرِ حائلٍ جاز مسُّه لأنّ المحرَمَ يَحْتاجُ إلى إركابِها وإنْزالِها في المُسافَرةِ معها [٤/ ٤٣أ] وتَتَعذّرُ صيانةُ هذه المواضِعِ عن الانكِشافِ فيتعَذّرُ على المحرَمِ الصّيانةُ عن مسّ المكشوفِ؛ ولأنّ حُرْمةَ النّظَرِ إلى هذه المواضِعِ ومسِّها من [٢] الأجنَبيّاتِ [إنّما ثَبَتَ] [٣] خَوْفًا عن حُصولِ الشّهوةِ الدّاعيةِ إلى الجِماعِ والنّظَرُ إلى هذه الأعضاءِ ومسُّها في ذَواتِ المحارِمِ لا يورِثُ الشّهوةَ؛ لأنّهما لا يكونانِ للشّهوةِ عادةً بل للشّفَقةِ ولهذا جَرَتِ العادةُ فيما بين النّاسِ بتقبيلِ أُمّهاتِهم وبَناتِهم.

وقد رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ كان إذا قَدِمَ من الغزْوِ قَبّلَ رأسَ السّيِّدةِ فاطِمةَ رضي الله عنها [٤].

وهذا إذا لم يكنِ النّظَرُ والمسُّ عن شهوةٍ ولا غَلَبَ على ظَنّه أنّه لا يشتهي فأمّا إذا كان يشتهي أو كان غالِبُ ظَنّه وأكبَرُ رأيِه أنّه لو نَظَرَ أو مسّ اشتَهى لم يَجز له النّظَرُ والمسُّ؛ لأنّه يكونُ سببًا للوُقوعِ في الحرام فيكونُ حَرامًا.

ولا بَأسَ [٥] أنْ يُسافِرَ بها إذا أمِنَ الشّهوةَ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «لا يَحِلُّ لامرأةٍ تُؤمِنُ باللّه واليومِ الآخِرِ أنْ تُسافِرَ ثلاثًا فما فوقَها إلّا ومعها زوجُها أو ذو رَحِمٍ محرَمٍ

(١) الفتْخةُ: خاتم لا فص فيه، يلبس في البنصر وهو الإصبع ما قبل الأخير. انظر: معجم لغة الفقهاء (ص ٣٣٩).
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) لم أقف عليه.
(٥) زاد في المخطوط: «له».

منها»[(١)]؛ ولأنّ الذي يَحتاجُ المحرمُ إليه في السّفَرِ مسّها في الحمْلِ والإنْزالِ ويَحِلُّ له [مسُّها فتحِلُّ][(٢)] المُسافرةُ معها.

وكذا لا بَأسَ أنْ يَخْلوَ بها إذا أمِنَ على نفسِه؛ لأنّه لَمّا حَلّ المسُّ فالخلوةُ أولى فإنْ خافَ على نفسِه لم يفعلْ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «لا يَخلوَنَ الرّجُلُ بمُغَيّبَةٍ وإنْ قِيلَ حَموها ألا حَموها الموتُ»[(٣)]، وهو محمولٌ على حالةِ الخوْفِ أو يكونُ نَهْيَ نَدْبٍ وتَنْزيهٍ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

ولا يَحِلُّ النّظَرُ إلى بَطْنِها وظَهْرِها وإلى ما بين السُّرّةِ والرُّكبةِ منها ومسُّها لعُمومِ قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ﴾ الآيَةَ [النور:٣٠] إلاّ أنّه سبحانه وتعالى رَخّصَ النّظَرَ للمَحارِمِ إلى مواضِعِ الزّينةِ الظّاهرةِ والباطِنةِ بقولِه عزّ شأنُه: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ﴾ الآيةَ [النور: ٣١] فبقيَ غَضُّ البصَرِ عَمّا وراءَها مأمورًا به، وإذا لم يَحِلّ النّظَرُ فالمسُّ أولى؛ لأنّه أقوى ولأنّ رُخصةَ النّظَرِ إلى مواضِعِ الزّينةِ للحاجةِ التي ذَكَرْناها ولا حاجةَ إلى النّظَرِ إلى ما وراءَها فكان النّظَرُ إليها بحقِّ الشّهوةِ وأنّه حَرامٌ؛ ولأنّ اللّهَ تَبارَكَ وتعالى جعل الظِّهارَ مُنْكَرًا من القولِ وزورًا والظِّهارُ ليس إلاّ تَشْبيه المنكوحةِ بظَهْرِ الأُمِّ في حقِّ الحُرْمةِ ولو لم يكنْ ظَهْرُ الأُمِّ حَرامُ النّظَرِ والمسِّ لم يكنِ الظِّهارُ مُنْكَرًا من القولِ وزورًا فيُؤَدّي إلى الخُلْفِ في خَبَرِ من يَسْتَحيلُ عليه الخُلْفُ.

هذا إذا كانت هذه الأعضاءُ مَكشوفةً، فأمّا إذا كانت مستورةً بالثّياب واحتاجَ ذو الرّحِمِ المحرمِ إلى إركابها وإنْزالِها فلا بَأسَ بأنْ يأخُذَ بَطْنَها أو ظَهْرَها أو فخِذَها من وراءِ الثّوب إذا كان يأمَنُ على نفسِه لما ذَكَرْنا أنّ مسّ ذَواتِ الرّحِمِ المحرمِ لا يورِثُ الشّهوةَ عادةً

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، برقم (١٣٤٠)، وأبو داود، كتاب: المناسك، باب: في المرأة تسافر لحج بغير محرم، برقم (١٧٢٦)، والترمذي برقم (١١٦٩)، وأحمد بنحو مشابه، برقم (١١١٩٩)، والدارمي برقم (٢٦٧٨)، وكذا ابن حبان (٦/ ٤٣٦) برقم (٢٧٢٤)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٢٧) برقم (٩٩١٧)، وأبو يعلى في مسنده (٢/ ٤١١) برقم (١١٩٧) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ١٣٧) برقم (١٢٥٣٩) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

خُصوصًا من وراءِ الثّوب، حتّى لو خافَ الشّهوةَ في المسِّ لا يمسُّه، وليَجْتَنِبْ ما استَطاعَ.

وكُلُّ ما يَحِلُّ للرّجُلِ من ذَواتِ الرّحِمِ المحرمِ منه من النّظَرِ والمسِّ يَحِلُّ للمرأةِ ذلك من ذي رَحِمٍ محرمٍ منها وكُلُّ ما يَحْرُمُ عليه يَحْرُمُ عليها والله عزّ وجَلّ أعلَمُ.

وأمّا النوعُ الرّابعُ: وهو ذَواتُ المحرمِ بلا رَحِمٍ فحُكمُهُنّ حُكمُ ذَواتِ الرّحِمِ المحرمِ وقد ذَكَرْناه والأصلُ فيه قولُ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «**يَحْرُمُ من الرّضاعِ ما يَحْرُمُ من النّسَب**» (١).

ورُوِيَ أنّ أفْلَحَ بنَ أبي القُعَيْسِ (٢) رحمه الله استَأذَنَ أنْ يدخلَ على سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها فسَألَتْ رسول الله ﷺ عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: «**ليَلِجْ عليك أفلح فإنه عَمُّك أرضَعَتْك امرأةُ أخيه**» (٣).

وأمّا النوعُ الخامِسُ: وهو مَمْلوكاتُ الأغْيارِ فحُكمُهُنّ أيضًا في حِلِّ النّظَرِ والمسِّ وحَرّمَتْهما حُكمُ ذَواتِ الرّحِمِ المحرَمِ فيَحِلُّ النّظَرُ إلى مواضِعِ الزّينةِ منهُنّ ومسُّها ولا يَحِلُّ ما سِوَى ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الأدب، باب: قول النبي ﷺ تربت يمينك وعقرى حلقى، برقم (٦١٥٦)، ومسلم، كتاب: الرضاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل، برقم (١٤٤٥)، وأبو داود بنحوه، كتاب: النكاح، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، برقم (٢٠٥٥)، والنسائي برقم (٣٣٠٢)، وابن ماجه برقم (١٩٣٧)، وأحمد برقم (٢٣٦٥٠)، ومالك برقم (١٢٩١)، والدارمي برقم (٢٢٤٧)، وابن حبان (١٠/ ٣٦) برقم (٤٢٢٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٥٢) برقم (١٥٣٨٩)، والطبراني في الأوسط (١/ ١٧٤) برقم (٥٤٨)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٢/ ٤٤٢) برقم (١٠١٠)، وأبو يعلى في مسنده (٧/ ٣٣٨) برقم (٤٣٤٧)، والديلمي في الفردوس (٥/ ٤٧٠) برقم (٨٧٩٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) في المطبوع: «قيس».

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: تفسير القرآن، باب: قوله: ﴿إِن تُبْدُوا شَيْئًا أَوْ تُخْفُوهُ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾ [الأحزاب:٥٤]، برقم (٤٧٩٦)، ومسلم: كتاب: الرصاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل، برقم (١٤٤٥)، وأبو داود، كتاب: النكاح، باب: في لبن الفحل، برقم (٢٠٥٧)، والترمذي برقم (١١٤٨)، والنسائي برقم (٣٣١٧)، وابن ماجه برقم (١٩٤٩)، وأحمد برقم (٢٥٠٩٢)، ومالك برقم (١٢٧٨)، والدارمي برقم (٢٢٤٨)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٥٢) برقم (١٥٣٨٧)، والطبراني في الأوسط (٣/ ١٧٩) برقم (٢٨٥٣)، وأبو يعلى في مسنده (٧/ ٤٧٥) برقم (٤٥٠١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٥٤٩) من حديث عائشة رضي الله عنها.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ مسّ ناصيةَ أمةٍ ودَعا لها بالبرَكةِ [(١)].

ورُوِيَ أنّ سَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنه رأى أمةً مُتَقَنِّعةً فعَلاها بالدُّرّةِ، وقال: ألقي عنك الخِمارَ يا دَفارُ أتَتَشَبّهينَ بالحرائرِ. فدَلّ على حِلِّ النّظَرِ إلى رأسِها وشَعْرِها وأُذُنِها.

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنه أنّه (مَرّ بجاريةٍ) [(٢)] تُعْرَضُ على البيعِ فضَرَبَ بيَدِه على صَدْرِها وقال: اشتَروا، ولو كان حَرامًا لم يُتَوَهّم منه رضي الله عنه أنْ يمسّها [(٣)]، ولأنّ بالنّاسِ حاجةً إلى النّظَرِ إلى هذه المواضِعِ [(٤)] ومسِّها عندَ البيعِ والشِّراءِ لمعرفةِ بَشرَتِها من اللّينِ والخُشونةِ ونحوِ ذلك لاختلافِ قيمَتِها باختلافِ أطْرافِها فأُلْحِقَتْ بذَواتِ الرّحِمِ المحرَمِ دَفْعًا للحَرَجِ [٤/ ٤٣ب] عن النّاسِ ولهذا يَحِلُّ لهن [(٥)] المُسافَرةُ بلا محرَمٍ ولا حاجةَ إلى المسِّ والنّظَرِ إلى غيرِها لأنّها تَصيرُ معلومةً بالنّظَرِ إلى الأطْرافِ ومسِّها وهذا إذا أمِنَ على نفسِه الشّهوةَ.

فإنْ لم يأمَنْ وخافَ على نفسِه أنْ يشتهي لو نَظَرَ أو مسّ فلا بَأسَ أنْ يَنْظُرَ إليها، وإنِ اشتَهَى إذا أرادَ أنْ يشتريَها لأنه يحتاج أن يشتريها فلا بُدّ له من النّظَرِ لما قُلْنا، فيَحْتاجُ إلى النّظَرِ فصار النّظَرُ من المُشْتَري بمنزلةِ النّظَرِ من الحاكِمِ والشّاهدِ والمُتزوِّجِ فلا بَأسَ بذلك، وإنْ كان عن شهوةٍ فكذا هذا وكذا لا بَأسَ له أنْ يمسّ، وإنِ اشتَهَى إذا أرادَ أنْ يشتريَها عند أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

ورُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه يُكرَه للشّابِّ مسُّ شيءٍ من الأمةِ.

والصّحيحُ قولُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأنّ المُشْتَريَ يَحْتاجُ إلى العلمِ ببَشرَتِها ولا يَحْصُلُ ذلك إلاّ باللّمْسِ فرُخِّصَ للضّرورةِ.

وكذا يَحِلُّ للأمةِ النّظَرُ إلى الرجل والمسُّ من الرَّجُلِ الأجنَبيِّ ما فوْقَ السُّرّةِ ودونَ الرُّكبةِ إلاّ أنْ تَخافَ الشّهوةَ فتَجْتَنِب كالرّجُلِ وكُلُّ جَواب عَرَفْته في القِنّةِ [(٦)] فهو الجوابُ

---

(١) أورده ابن حجر في «الإصابة»، (٧/ ٥٥٤)، وقال: وقال أبو عمر مختلف في حديثها ولا يصح من جهة الإسناد...

(٢) في المخطوط: «رأى جارية».

(٣) في المخطوط: «يمسه».

(٤) في المخطوط: «الأعضاء».

(٥) في المطبوع: «بهن».

(٦) في المخطوط: «الأمة».

في المُدَبّرةِ وأُمِّ الولدِ لقيامِ الرّقّ فيهما .

وأما النوعُ السادسُ: وهو [(١)] الأجنبيّاتُ الحرائرُ فلا يَحِلُّ النّظَرُ للأجنبيِّ من الأجنبيّةِ الحُرّةِ إلى سائرِ بَدَنِها إلاّ الوجه والكفّيْنِ لقولِه تبارَكَ وتعالى : ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ﴾ [النور :٣٠] إلاّ أنّ النّظَرَ إلى مواضِعِ الزّينةِ الظّاهرةِ [وهي الوجه والكفّانِ رُخِّصَ بقولِه تعالى : ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَـرَ مِنْهَا﴾ [النور :٣١] والمُرادُ من الزّينةِ] [(٢)] مواضِعُها ومواضِعُ الزّينةِ الظّاهرةِ : الوجه والكفّانِ فالكُحْلُ زينةُ الوجه والخاتَمُ زينةُ الكفّ ولأنّها تحتاجُ إلى البيعِ والشّراءِ والأخذِ والعطاءِ ولا يُمْكِنُها ذلك عادةً إلاّ بكَشْفِ الوجه والكفّيْنِ فيَحِلُّ لها الكَشْفُ وهذا قولُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه .

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رحمهما الله أنّه يَحِلُّ النّظَرُ إلى القدَمَيْنِ أيضًا .

وَجْهُ هذه الروايةِ: ما رُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله تعالى عنها أنها قالت في قولِه تبارَكَ وتعالى : ﴿إِلَّا مَا ظَهَـرَ مِنْهَا﴾ [النور :٣١] أنه القلْبُ والفتْخةُ [(٣)] وهي خاتَمُ أُصْبُعِ الرّجلِ فدَلّ على جوازِ النّظَرِ إلى القدَمَيْنِ ؛ ولأنّ اللّهَ تعالى نَهَى عن إبْداءِ الزّينةِ واستَثْنَى ما ظَهَرَ منها والقدَمانِ ظاهرَتانِ، ألا تَرَى أنّهما يَظْهَرانِ عندَ المشْيِ، فكانا من جملةِ المُسْتَثْنَى من الحظْرِ فيُباحُ إبْداؤُهما .

وَجْهُ ظاهرِ الروايةِ: ما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال في قولِه جَلّ شَأنُه : ﴿إِلَّا مَا ظَهَـرَ مِنْهَا﴾ [النور :٣١] أنّه الكُحْلُ والخاتَمُ، ورُوِيَ عنه في رِوايةٍ أُخرى أنّه قال : الكفُّ والوجه [(٤)]، فيَبْقَى ما وراءَ المُسْتَثْنَى على ظاهرِ النّهيِ ؛ ولأنّ إباحةَ النّظَرِ إلى وجه الأجنَبيّةِ وكَفّيْها للحاجةِ إلى كشْفِها في الأخذِ والعطاءِ ولا حاجةَ إلى كشْفِ القدَمَيْنِ فلا يُباحُ النّظَرُ إليهما، ثُمّ إنّما يَحِلُّ النّظَرُ إلى مواضِعِ الزّينةِ الظّاهرةِ منها من غيرِ شهوةٍ، فأمّا عن شهوةٍ فلا يَحِلُّ لقولِه عليه الصلاة والسلام : «العينانِ تَزْنيانِ» [(٥)] وليس زِنا العيْنَيْنِ إلاّ النّظَرَ عن شهوةٍ؛ ولأنّ النّظَرَ عن شهوةٍ سببُ الوُقوعِ في الحرامِ فيكونُ حَرامًا إلاّ في

(١) في المخطوط : «وهن».
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٨٦) برقم (١٣٢٧٣) .
(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢/ ٢٢٥) برقم (٣٠٢٩) .
(٥) أخرجه الطبراني في الكبير بنحوه (١٨/ ٨) برقم (٨)، وأورده الهيثمي في المجمع (٦/ ٢٥٦)، وقال : رواه الطبراني، وجد محمد بن مطرف لم أعرفه وبقية رجاله ثقات .

حالةِ الضّرورةِ بأنْ دُعيَ إلى شهادةٍ أو كان حاكِمًا فأرادَ أنْ يَنْظُرَ إليها ليُجيزَ إقرارَها عليها فلا بَأسَ أنْ يَنْظُرَ إلى وجهِها، وإنْ كان لو نَظَرَ إليها لاشتَهَى أو [(١)] كان أكبَرُ رأيِه ذلك؛ لأنّ الحُرُماتِ قد يَسْقُطُ اعتِبارُها لمَكانِ الضّرورةِ.

ألا تَرَى أنّه خصّ [(٢)] النّظَرَ إلى عَيْنِ الفرجِ لمَنْ قَصَدَ إقامةَ حِسْبةِ الشّهادةِ على الزِّنا، ومعلومٌ أنّ النّظَرَ إلى الفرجِ في الحُرْمةِ فوْقَ النّظَرِ إلى الوجه ومع ذلك سَقَطَتْ حُرْمَتُه لمَكانِ الضّرورةِ فهذا أولى، وكذا إذا أرادَ أنْ يَتزوّجَ امرأةً فلا بَأسَ أنْ يَنْظُرَ إلى وجهِها وإنْ كان عن شهوةٍ؛ لأنّ النّكاحَ بعدَ تقديمِ النّظَرِ أدَلُّ على الأُلْفةِ والموافَقةِ الدّاعيةِ إلى تَحْصيلِ المقاصِدِ على ما قال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام للمُغيرةِ بنِ شُعْبةَ رضي الله عنه حين أرادَ أنْ يَتزوّجَ امرأةً: «اذهَبْ فانظرْ إليها فإنّه أحرَى أنْ يُؤدَمَ بينكُما» [(٣)] دَعاه عليه الصلاة والسلام إلى النّظَرِ مُطْلَقًا وعَلّلَ عليه الصلاة والسلام بكَوْنِه وسيلةً إلى الأُلْفةِ والموافَقةِ.

وأمّا المرأةُ: فلا يَحِلُّ لها النّظَرُ من الرّجُلِ الأجنَبيِّ ما بين السُّرّةِ إلى الرُّكبةِ، ولا بَأسَ أنْ تَنْظُرَ إلى ما سِوَى ذلك إذا كانت تَأمَنُ على نفسِها.

والأفْضَلُ للشّابِّ [(٤)] غَضُّ البصَرِ عن وجه الأجنَبيّةِ وكذا الشّابّةُ [(٥)] لما فيه من خَوْفِ حُدوثِ الشّهوةِ والوُقوعِ في الفِتْنةِ، يُؤَيِّدُه المرويُّ عن عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنهما أنّه قال في قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] أنّه الرِّداءُ والثّيابُ [(٦)]، فكان [٤/ ٤٤أ] غَضُّ البصَرِ وتَرْكُ النّظَرِ أزْكَى وأطْهَرَ و[يؤيد] [(٧)] ذلك قولُه عَزّ وجلّ: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ﴾ [النور: ٣٠].

---

(١) في المخطوط: «إن».

(٢) في المخطوط: «رخص».

(٣) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في النظر إلى المخطوبة، برقم (١٠٨٧)، والنسائي برقم (٣٢٣٥)، وابن ماجه برقم (١٨٦٦)، وأحمد برقم (١٧٦٧١)، والدارمي برقم (٢١٧٢)، والدارقطني (٣/ ٢٥٢) برقم (٣١)، والطبراني في الكبير (٢٠/ ٤٣٣) برقم (١٠٥٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/ ١٥٦) برقم (١٠٣٣٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٢١) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (٨٥٩).

(٤) في المخطوط: «للشباب».

(٥) في المخطوط: «للشابة».

(٦) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٣١) برقم (٣٤٩٩)، والطبراني في الكبير (٩/ ٢٢٨) برقم (٩١١٥).

(٧) زيادة من المخطوط.

[ورُوِيَ أنّ أعمَيَيْنِ دخلا على رسولِ اللّه ﷺ وعندَه بعضُ أزْواجِه سَيِّدَتُنا عائشةُ رضي الله تعالى عنها وأُخرى فقال لهما: «قوما»، فقالتا: إنّهما أعمَيانِ يا رسول اللّه، فقال لهما: «أعَمياوانِ أنتُما» [١]، إلاّ إذا لم يكونا من أهلِ الشّهوةِ بأنْ كانا شيخَيْنِ كبيرَيْنِ لعَدَمِ احتمالِ حُدوثِ الشّهوةِ فيهما] [٢].

والعبدُ فيما يَنْظُرُ إلى مولاتِه كالحُرِّ الذي لا قَرابةَ بينه وبينها سَواءٌ وكذا الفحْلُ [في ذلك] [٣] والخصيُّ والعِنّينُ والمُخنّثُ إذا بَلَغَ مبلَغَ الرِّجالِ سَواء لعُمومِ قولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] وإطلاقُ قولِه عزّ شأنُه: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] ولأنّ الرِّقّ والخِصاءَ لا يُعْدِمانِ الشّهوةَ وكذا العُنّةُ والخُنوثةُ [٤].

أمّا الرِّقُّ فظاهرٌ، وأمّا الخِصاءُ فإنّ الخصيّ رجلٌ إلاّ أنّه مُثِّلَ به، إلى هذا أشارَتْ سَيِّدَتُنا عائشةُ رضي الله عنها فقالت: إنّه رجلٌ مُثِّلَ به أفتُحِلُّ له المُثْلةُ ما حَرّمَ اللّه تَبارَكَ وتعالى على غيرِه؟

وأمّا العُنّةُ والخُنوثةُ: فالعِنّينُ والمُخَنّثُ رجلانِ، فإنْ قِيلَ: أليس أنّ المَمْلوكَ بملكِ اليمينِ للمرأةِ مُسْتَثْنًى من قولِه جَلّ وعَلا ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ إلى قولِه عزّ شأنُه ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] من غيرِ فصلٍ بين العبدِ والأمةِ والاستثناءُ من الحظْرِ إباحةٌ.

فالجوابُ: أنّ قولَه سبحانه وتعالى: ﴿أَوْ [٥] مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] يَنْصَرِفُ إلى الإماءِ؛ لأنّ حُكمَ العبيدِ صار معلومًا بقولِه سبحانه وتعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] إذِ العبدُ من جملةِ التّابعينَ من الرِّجالِ فكان قولُه عزّ شأنُه: ﴿أَوْ [٦] مَا

---

(١) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: اللباس، باب: في قوله عز وجل: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، برقم (٤١١٢)، والترمذي برقم (٢٧٧٨)، وأحمد برقم (٢٥٩٩٧)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٩٣) برقم (٩٢٤١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٩١) برقم (١٣٣٠٣)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (١/ ٨٥) برقم (٣٤)، وأبو يعلى في مسنده (١٢/ ٣٥٣) برقم (٦٩٢٢)، وأورده الحكيم الترمذي في نوادره (١/ ١٩٥) من حديث أم سلمة رضي الله عنها، انظر مشكاة المصابيح رقم (٣١١٦).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «والجبونة».

(٥) في المخطوط: «إلا».

(٦) في المخطوط: «إلا».

مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور:٣١] مَصْروفًا إلى الإماءِ لِئَلاّ يُؤَدّيَ إلى التكرارِ.

فإنْ قِيلَ: حُكمُ الإماءِ صار معلومًا بقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ﴾ [النور:٣١] فالصّرْفُ إليهِنّ يُؤَدّي إلى التّكرارِ أيضًا.

فالجوابُ: أنّ المُرادَ بالنِّساءِ الحرائرِ فوَقَعَتِ الحاجةُ إلى تعريفِ حُكمِ الإماءِ فأبانَ بقولِه جَلّ شَأنُه: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور:٣١] أنّ حُكمَ الحُرّةِ والأمةِ فيه سَواءٌ.

ورُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالت: كان يدخلُ على نساءِ [1] رسولِ اللّه ﷺ مُخنّثٌ فكانوا يَعُدّونَه من غيرِ أولي الإربةِ [من الرجال] [2] فدخلَ رسولُ اللّه ﷺ ذاتَ يومٍ وهو يَنْعتُ امرأةً، فقال: «**لا أرى هذا يعلَمُ ما ههنا لا (يدخل عليكنّ)** [3] **فحَجبوه**» [4].

وكذا رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ دخلَ على أُمِّ سَلَمةَ رضي الله عنها وعندَها مُخنّثٌ فأقبلَ على أخي أُمِّ سَلَمةَ، فقال: يا عبدَ اللّه إنْ فتحَ اللّه عليكُم غدًا الطّائفَ دَلَلْتُك على بنتِ غيلانَ فإنّها تُقْبلُ بأربعٍ وتُدْبرُ بثمانٍ فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا أرى (يعرفُ هذا)** [5] **ما ههنا لا يدخلنَّ عليكُم**» [6] هذا إذا بَلَغَ الأجنبيُّ مبلَغَ الرِّجالِ، فإنْ كان صَغيرًا لم يَظْهَرْ على عَوْراتِ النِّساءِ ولا يعرِفُ العوْرةَ من غيرِ العورةِ فلا بَأسَ لهُنّ من إبْداءِ الزّينةِ لهم، لقولِه جَلّ وعَلا: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور:٣١] مُسْتَثْنَى من قولِه عَزّ شَأنُه ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ [النور:٣١] إلاّ لمَنْ ذُكِرَ والطِّفْلُ في اللُّغةِ الصّبيُّ ما بين أنْ يولدَ إلى أنْ يَحْتَلِمَ.

وأمّا الذي يعرِفُ التّمْييزَ بين العوْرةِ وغيرِها وقَرُبَ من الحُلُمِ فلا يَنْبَغي لها أنْ تُبْدي زينَتَها له، ألا تَرَى أنّ مثلَ هذا الصّبيِّ أُمِرَ بالاستِئْذانِ في بعضِ الأوقاتِ بقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٍ﴾ [النور:٥٨] [الآية] [7] إلاّ إذا لم يكونا من أهلِ الشّهوةِ بأنْ كانا شيخَيْنِ كبيرَيْنِ لعَدَمِ احتمالِ حُدوثِ الشّهوةِ فيهما، ورُوِيَ أنّ أعمَيَيْنِ

---

(١) في المخطوط: «أزواج».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يدخلن عليكم».
(٤) سيأتي تخريجه قريبًا.
(٥) في المخطوط: «هذا يعرف».
(٦) سيأتي تخريجه قريبًا.
(٧) زيادة من المخطوط.

دخلا على سَيِّدِنا رسولِ اللّه ﷺ وعندَه بعضُ أزْواجِه سَيِّدَتُنا عائشةُ وأُخرى فقال لهما: «قوما [(١)]» فقالتا: إنّهما أعمَيانِ يا رسول اللّه، فقال: «أعَمْياوانِ أنتما» [(٢)]. هذا حُكمُ النّظَرِ إلى الوجه والكفّيْنِ.

وأمّا حُكمُ مسِّ هذَيْنِ العُضوَيْنِ: فلا يَحِلُّ مسُّهما؛ لأنّ حِلّ النّظَرِ للضّرورةِ التي ذكَرْناها ولا ضَرورةَ إلى المسِّ مع ما أنّ المسّ في بَعْثِ الشّهوةِ وتَحْريكِها فوْقَ النّظَرِ، وإباحةُ أدنى الفعلَيْنِ لا يَدُلُّ على إباحةِ أعلاهما، هذا إذا كانا [(٣)] شابّيْنِ فإنْ كانا [(٤)] شيخَيْنِ كبيرَيْنِ فلا بَأسَ بالمُصافَحةِ لخُروجِ المُصافَحةِ منهما من أنْ تكونَ مورِثةً للشّهوةِ لانعِدامِ الشّهوةِ.

وقد رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ كان يُصافِحُ العجائزَ [(٥)].

ثُمّ إنّما يَحْرُمُ النّظَرُ من الأجنَبيّةِ إلى سائرِ أعضائها سِوَى الوجه والكفّيْنِ أو القدَمَيْنِ أيضًا على اختلافِ الرِّوايتيْنِ إذا كانت مَكشوفةً، فأمّا إذا كانت مستورةً بالثّوب فإنْ كان ثَوْبُها صَفيقًا لا يَلْتَزِقُ ببَدَنِها فلا بَأسَ أنْ يتأمّلَها ويتأمّلَ جَسَدَها؛ لأنّ المنظورَ إليه الثّوبُ دونَ البدَنِ وإنْ كان ثَوْبُها رَقيقًا يصِفُ ما تحتَه ويَشِفُّ أو كان صَفيقًا لكنّه يَلْتَزِقُ ببدَنِها حتّى يَسْتَبينَ له [٤/ ٤٤ب] جَسَدُها فلا يَحِلُّ له النّظَرُ؛ لأنّه إذا استَبانَ جَسَدَها كانت كاسيةً صورةً عاريّةً حقيقة [وقد قال النّبيُّ ﷺ: «لعَنَ الله الكاسياتِ العاريَاتِ» [(٦)]].

ورُوِيَ عن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالت: دخلت عَلَيّ أُخْتي السّيِّدة أسماء وعليها ثيابٌ شاميّةٌ رِقاقٌ وهي اليومَ عندَكُم صِفاقٌ فقال رسولُ اللّه ﷺ: «هذه ثيابُ

---

(١) في المخطوط: «احتجبا».

(٢) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: اللباس، باب: في قوله عز وجل: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾ [النور :٣١] ، برقم (٤٨١٢)، والترمذي، (٢٧٧٨)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها، وانظر ضعيف سنن أبي داود.

(٣) في المطبوع: «كان». (٤) في المطبوع: «كان».

(٥) أورده ابن حجر في «الدراية»، (٢/ ٢٢٥)، وقال: لم أجده.

(٦) لم أقف عليه بهذا اللفظ ولكن ثم حديث فيه لعن الكاسيات العاريات بإسناد حسن أخرجه أحمد برقم (٧٠٤٣)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٤٨٣) برقم (٨٣٤٦)، والطبراني في الأوسط (٩/ ١٣١) برقم (٩٣٣١) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، انظر صحيح الترغيب والترهيب رقم (٢٠٤٣).

تَمُجُها [(١)] سورةُ النّورِ» فأمر بها فأُخْرِجَتْ، فقُلْتُ: يا رسول اللّه زارَتْني أُخْتي فقُلْت لها ما قُلْت، فقال: «يا عائشةُ إنّ المرأةَ [(٢)] إذا حاضَتْ لا يَنْبَغي أنْ يُرَى منها إلّا وجهُها وكَفّاها» [(٣)] فإن ثَبَتَ هذا من النّبيِّ عليه الصلاة والسلام كان تَفْسيرًا لقولِه عَزّ وجَلّ ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] فدَلّ على صحّةِ ظاهرِ الرِّوايةِ أنّ الحُرّةَ لا يَحِلُّ النّظَرُ منها إلاّ إلى وجهِها وكَفّيْها واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأمّا النوعُ السابعُ: وهو ذَواتُ الرّحِمِ بلا محرَم فحُكمُهُنّ حُكمُ الأجنَبيّاتِ الحرائرِ لعُمومِ الأمرِ بغَضِّ البصَرِ والنّهيِ عن إبْداءِ زينَتِهِنّ إلاّ للمَذْكورينَ في مَحَلِّ الاستثناءِ، وذو الرّحِمِ بلا محرَمٍ غيرُ مَذْكورٍ في المُسْتَثْنَى فبقيَتْ مَنْهيّةً عن إبْداءِ الزّينةِ له واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وأمّا الثاني: وهو [بيان] [(٤)] ما يَحِلُّ من ذلك ويَحْرُمُ للرّجُلِ من الرّجُلِ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ:

يَحِلُّ للرّجُلِ أنْ يَنْظُرَ من الرّجُلِ الأجنَبيِّ إلى سائرِ جَسَدِه إلاّ ما بين السُّرّةِ والرُّكبةِ إلاّ عندَ الضّرورةِ، فلا بَأسَ أنْ يَنْظُرَ الرّجُلُ من الرّجُلِ إلى موضِعِ الخِتانِ ليَخْتِنَه ويُداويَه بعدَ الختْنِ [(٥)].

وكذا إذا كان بموضِعِ العوْرةِ من الرّجُلِ قُرْحٌ أو جُرْحٌ أو وقَعَتِ الحاجةُ إلى مُداواةِ الرّجُلِ ولا يَنْظُرُ إلى الرُّكبةِ، ولا بَأسَ بالنّظَرِ إلى السُّرّةِ فالرُّكبةُ عَوْرةٌ والسُّرّةُ ليستْ بعَوْرةٍ عندَنا [(٦)] وعندَ الشّافعيِّ على العكسِ [من ذلك] [(٧)] [(٨)].

والصّحيحُ قولُنا: لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «ما تحت السُّرّةِ عَوْرةٌ» [(٩)]،

---

(١) في المخطوط: «لا تحبها». (٢) في المخطوط: «الحرة».

(٣) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: اللباس، باب: فيما تبدي المرأة من زينتها، برقم (٤١٠٤)، والبيهقي في الكبرى (٢/ ٢٢٦) برقم (٣٠٣٤) من حديث عائشة رضي الله عنها، انظر مشكاة المصابيح رقم (٤٣٧٢).

(٤) زيادة من المخطوط. (٥) في المخطوط: «الختان».

(٦) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (١٠/ ٢٧)، البناية (١١/ ١٥٧، ١٥٨).

(٧) ليست في المخطوط.

(٨) مذهب الشافعية: أن عورة الرجل، حرًا كان أو عبدًا ما بين السرة والركبة، ولا تدخل السرة والركبة فيه على الصحيح. انظر: الوسيط (٢/ ١٧٤)، الروضة (١/ ٢٨٢، ٢٨٣).

(٩) أورده ابن الملقن بنحوه في خلاصة البدر المنير (١/ ١٥٢) من حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه.

والرُّكبةُ ما تحتَها فكانت عَوْرةً إلاّ أنّ ما تحت الرُّكبةِ صار مَخْصوصًا فبقيَتِ الرُّكبةُ تحت العُموم؛ ولأنّ الرُّكبةَ عُضْوٌ مُركّبٌ من عَظْمِ السّاقِ والفخِذِ على وجهٍ يتعَذّرُ تمييزُه، والفخِذُ من العوْرةِ والسّاقُ ليس من العوْرةِ فعندَ الاشتِباه يجبُ العمَلُ بالاحتياطِ وذلك فيما قُلْنا بخلافِ السُّرّةِ لأنّه [1] اسمٌ لموضِعٍ معلومٍ لا اشتِباهَ فيه.

وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه كان إذا اتّزَرَ أبْدَى سُرّتَه، ولو كانت عَوْرةً لَما احتُمِلَ منه كشفُها هذا حُكمُ النّظَرِ.

وأما حُكمُ المس: فلا خلافَ في أنّ المُصافَحةَ حَلالٌ لقولِه عليه الصلاة والسلام: «**تَصافَحوا تَحابّوا**» [2]، ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**إذا لَقيَ المُؤمِنُ أخاه فصافَحَه تَناثَرَتْ ذُنوبُه**» [3]؛ ولأنّ النّاسَ يتصافَحونَ في سائرِ الأعصارِ في العُهودِ والمواثيقِ فكانت سُنّةً مُتَوارَثةً.

واختُلِفَ في القُبْلةِ والمُعانَقةِ قال أبو حنيفةَ رضي الله عنه ومحمّدٌ رحمه الله: يُكرَه للرّجُلِ أنْ يُقبِّلَ فمَ الرّجُلِ أو يَدَه أو شيئًا منه أو يُعانِقَه، ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه لا بَأسَ به.

ووَجْهُه: ما رُوِيَ أنّه لَما قَدِمَ جَعْفَرُ بنُ أبي طالبٍ رضي الله عنه من الحبَشةِ عانَقَه سَيِّدُنا رسولُ اللّه ﷺ وقَبّلَ بين عَيْنَيْه [4]، وأدنى دَرَجاتِ (فعلِ النّبيِّ) [5] الحِلُّ، وكذا رَوِي أصحابَ رسولِ اللّه ﷺ كانوا إذا رَجَعوا من أسفارِهم كان يُقَبِّلُ بعضُهم بعضًا

---

(١) في المخطوط: «فإنه».

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وما وجد بلفظ «تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا...» أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٢١)، والعجلوني في كشف الخفاء (١/ ٣٨٢) من حديث عطاء الخراساني.

وثم لفظ آخر مشابه وهو قوله ﷺ: «تهادوا تحابوا»، وإسناده حسن، أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ١٦٩) برقم (١١٧٢٦)، وأبو يعلى في مسنده (١١/ ٩) برقم (٦١٤٨)، وأورده ابن عبد البر في التمهيد (٢١/ ١٧) كل من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل رقم (١٦٠١).

(٣) صحيح: أخرجه البيهقي في الشعب (٦/ ٤٧٣) برقم (٨٩٥٣)، والديلمي في الفردوس (١/ ١٩٠) برقم (٧١٤) من حديث حذيفة بن اليمان رضي الله عنه، انظر صحيح الترغيب والترهيب رقم (٥٢٦).

(٤) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الأدب، باب: في قبلة ما بين العينين، برقم (٥٢٢٠) عن الشعبي مرسلا، وأخرجه الطبراني في الأوسط (٢/ ٢٨٧) برقم (٢٠٠٣) من حديث أبي جحيفة رضي الله عنه.

(٥) في المخطوط: «ففعله ﷺ».

[ويُعانِقُ بعضُهم بعضًا] [(١)].

واحتَجّا بما رُوِيَ أنّه سُئِلَ رسولُ اللّه ﷺ فقيلَ: أيُقَبِّلُ بعضُنا بعضًا؟ فقال: «لا»، فقيلَ: أيُعانِقُ بعضُنا بعضًا؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «لا»، فقيلَ: أيُصافِحُ بعضُنا بعضًا؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «نَعَم» [(٢)].

وذَكَرَ الشّيخُ أبو مَنْصورٍ رحمه الله: أنّ المُعانَقةَ إنّما تُكرَه إذا كانت شَبيهةً بما وُضِعَتْ للشّهوةِ في حالةِ التّجَرُّدِ، فأمّا إذا قُصِدَ بها المبَرّةُ والإكرامُ فلا تُكرَه، وكذا التّقْبيلُ الموضوعُ لقضاءِ الوطرِ والشّهوةِ هو المُحَرّمُ فإذا زالَ عن تلك الحالةِ أُبيحَ وعلى هذا الوجه الذي ذَكَرَه الشّيخُ يُحمَلُ الحديثُ الذي احتَجّ به أبو يوسُفَ رحمه الله واللّه أعلَمُ بالصّواب.

وأمّا الثّالِث: وهو بيانُ ما يَحِلُّ من ذلك وما يَحْرُمُ للمرأةِ من المرأةِ فنقول: كل [(٣)] ما يَحِلُّ للرّجُلِ أنْ يَنْظُرَ إليه من الرّجُلِ يَحِلُّ للمرأةِ أنْ تَنظُرَ إليه من المرأةِ، وكُلُّ ما لا يَحِلُّ له، لا يَحِلُّ لها، فتَنْظُرُ المرأةُ من المرأةِ إلى سائرِ جَسَدِها إلاّ ما بين السُّرّةِ والرُّكبةِ؛ لأنّه ليس في نَظَرِ المرأةِ إلى المرأةِ خَوْفُ الشّهوةِ والوُقوعِ في الفِتْنةِ، كما ليس ذلك في نَظَرِ الرّجُلِ إلى الرّجُلِ، حتّى لو خافَتْ ذلك تَجْتَنِبُ عن النّظَرِ كما في الرّجُلِ، ولا يجوزُ لها أنْ تَنْظُرَ ما بين سُرّتِها إلى الرُّكبةِ إلاّ عندَ الضّرورةِ بأنْ كانت قابلةً فلا بَأسَ لها أنْ تَنْظُرَ إلى الفرجِ عندَ الوِلادةِ، وكذا لا بَأسَ أنْ تَنْظُرَ إليه لمعرِفةِ [٤/ ٤٥أ] البكارةِ في امرأةِ العِنّينِ والجاريةِ المُشْتَراةِ على شرطِ البكارةِ إذا اختَصَما.

وكذا إذا كان بها جُرْحٌ أو قُرْحٌ في موضِعٍ لا يَحِلُّ للرِّجالِ النّظَرُ إليه فلا بَأسَ أنْ تُداويَها إذا عَلِمَتِ المُداواةَ فإنْ لم تعلم تَتَعَلّم ثُمّ تُداويها فإنْ لم توجَدِ امرأةٌ تعلَمُ المُداواةَ ولا امرأةٌ تَتَعَلّمُ وخيفَ عليها الهَلاكُ أو بَلاءٌ أو وجَعٌ لا تحتَمِلُه يُداويها الرّجُلُ لكنْ لا يَكشِفُ

---

(١) حسن: أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ٣٧) برقم (٩٧)، وأورده المنذري في ترغيبه (٣/ ٢٩٠) برقم (٤١١٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، انظر صحيح الترغيب والترهيب رقم (٢٧١٩).
(٢) حسن: أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأدب، باب: المصافحة، برقم (٣٧٠٢)، وأبو يعلى في مسنده (٧/ ٢٧٠) برقم (٤٢٨٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٨١) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، انظر صحيح سنن ابن ماجه.
(٣) في المطبوع: «فكلُّ».

منها إلاّ موضِعَ الجُرْحِ والقرح ويَغُضُّ بَصَرَه ما استَطاعَ؛ لأنّ الحُرُماتِ الشّرعيّةَ جاز أنْ يَسْقُطَ اعتِبارُها شرعًا لمَكانِ الضّرورةِ كحُرْمةِ الميتةِ وشُرْب الخمْرِ حالةَ المخْمَصةِ والإكراه لكنّ الثّابتَ بالضّرورةِ لا يعدو موضِعَ الضّرورةِ؛ لأنّ عِلّةَ ثُبوتِها الضّرورةُ، والحُكْمُ لا يَزيدُ على قدرِ العِلّةِ.

هذا الذي ذَكَرْنا حُكمُ النّظَرِ والمسِّ.

وأمّا حُكمُ الدُّخولِ في بيتِ الغيرِ: فالدّاخِلُ لا يَخْلو إمّا أنْ يكونَ أجنَبيًّا أو من مَحارِمِه.

فإنْ كان أجنَبيًّا فلا يَحِلُّ له الدُّخولُ فيه من غيرِ استِئْذانٍ لقولِه تَبارَكَ وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَدۡخُلُواْ بُيُوتًا غَيۡرَ بُيُوتِكُمۡ حَتَّىٰ تَسۡتَأۡنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهۡلِهَاۚ﴾ [النور:٢٧] قيلَ: تَسْتَأْنسوا أي تَسْتَأْذِنوا، وقيلَ: تَسْتعلِموا وهما مُتَقارِبانِ؛ لأنّ الاستِئْذانَ طَلَبُ الإذنِ، والاستعلامَ طَلَبُ العلمِ والإذنُ إعلامٌ، وسَواءٌ كان الساكن[(١)] في البيتِ أو لم يكنْ لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمۡ تَجِدُواْ فِيهَآ أَحَدًا فَلَا تَدۡخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤۡذَنَ لَكُمۡۖ﴾ [النور:٢٨]. وهذا يَدُلُّ على أنّ الاستِئْذانَ ليس للسُّكّانِ أنفُسِهم خاصّةً بل لأنفُسِهم ولأموالِهم؛ لأنّ الإنسانَ كما يَتّخِذُ البيتَ سِتْرًا لنفسِه يَتّخِذُه سِتْرًا لأموالِه، وكَما يَكرَه اطِّلاعَ الغيرِ على نفسِه يَكرَه اطِّلاعَه على أموالِه، وفي بعضِ الأخبارِ: «أنّ مَن دخلَ بيتًا بغيرِ إذنٍ قال له الملَكُ الموَكّلُ به عَصَيتَ وآذَيتَ فيَسمَعُ صَوْتَه الخلقُ كُلُّهم إلّا الثقَلَينِ فيصْعَدُ صَوتُه إلى السّماءِ الدُّنيا فتَقولُ مَلائكةُ السّماءِ أُفٍّ لفُلانٍ عَصَى رَبّه وآذى».

وإذا استَأذَنَ فأُذِنَ له حَلّ له الدُّخولُ يدخلُ ثُمّ يُسَلِّمُ ولا يُقَدِّمُ التّسْليمَ على الدُّخولِ كما قال بعضُ النّاسِ لقولِه سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا دَخَلۡتُم بُيُوتًا فَسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ تَحِيَّةً مِّنۡ عِندِ ٱللَّهِ مُبَٰرَكَةً طَيِّبَةًۚ﴾ [النور:٦١] ولأنّه لو سَلّمَ قبلَ الدُّخولِ فإذا دخلَ يَحْتاجُ إلى التّسْليمِ ثانيًا وإنْ لم يُؤْذَنْ له بالدُّخولِ وقيلَ له: ارْجِعْ فلْيرجعْ.

ويُكرَه له أنْ يقعُدَ على الباب لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿وَإِن قِيلَ لَكُمُ ٱرۡجِعُواْ فَٱرۡجِعُواْۖ [هُوَ أَزۡكَىٰ لَكُمۡۚ][(٢)]﴾ [النور: ٢٨] وفي بعضِ الأخبارِ: «الاستِئْذانُ ثلاثُ مَراتٍ، مَنْ لم يُؤْذَنْ له فيهِنّ فلْيرجعْ

---

(١) في المطبوع: «السكن».

(٢) زيادة من المخطوط.

أمّا الأوّلُ: فيَسمَعُ الحيُّ، وأمّا الثّاني: فيأخُذوا حِذرَهم، وأمّا الثّالِثُ: فإنْ شاءوا أذِنوا وإنْ شاءوا رَدّوا» (١).

فإذا استَأذَنَ ثلاثَ مَرّاتٍ ولم يُؤذَنْ له يَنبَغي أنْ يرجعَ ولا يقعُدَ على الباب ليَنتَظِرَ لأنّ للنّاسِ حاجاتٍ وأشغالاً في المنازِلِ وخارجِ المنازل، فلو قَعَدَ على الباب وانتَظَرَ لَضاقَ به ذَرْعُهم وشَغَلَ قُلوبَهم ولعَلّ لا تَلْتَئِمُ حاجاتُهم فكان الرُّجوعُ خَيْرًا له من القُعودِ وذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ أَزْكَىٰ لَكُمْ﴾ [النور:٢٨].

هذا إذا كان الدُّخولُ للزّيارةِ ونحوِها.

فأمّا إذا كان (٢) الدُّخولُ لتَغْييرِ المُنْكَرِ (٣) بأنْ سَمِعَ في دارٍ صَوْتَ المزاميرِ والمعازِفِ فلْيدخل عليهم بغيرِ إذنِهم؛ لأنّ تَغْييرَ المُنْكَرِ فرضٌ فلو شُرِطَ الإذنُ لَتَعَذّرَ التّغْييرُ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وإنْ كان من مَحارِمِه فلا يدخلُ بغيرِ استِئْذانٍ أيضًا، وإنْ كان يجوزُ له النّظَرُ إلى مواضِعِ الزّينةِ الظّاهرةِ والباطِنةِ لعُمومِ (قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا...﴾ الآية، ولأنه لو) (٤) دخلَ عليها من غيرِ استِئْذانٍ فرُبّما كانت مَكشوفةَ العوْرةِ فيقعُ بَصَرُه عليها فيَكرَهانِ ذلك، وهكذا رُوِيَ أنّ رجلاً سَألَ النّبيّ عليه الصلاة والسلام وقال: أنا أخدُمُ أُمّي وأُفرِشُها ألا أستَأذِنُ عليها؟ فقال رسولُ الله ﷺ: «نَعَم»، فسَألَه ثلاثًا، فقال عليه الصلاة والسلام: «أيَسُرُّك أنْ تَراها عُرْيانةً؟»، فقال: لا، قال: «استَأذِنْ عليها» (٥).

وكذا رُوِيَ عن حُذَيْفةَ رضي الله عنه أنّ رجلاً سَألَه فقال: أستَأذِنُ على أُختي؟ فقال

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الاستئذان، باب: التسليم والاستئذان ثلاثا، برقم (٦٢٤٥)، ومسلم، كتاب: الآداب، باب: الاستئذان، برقم (٢١٥٣)، وأبو داود، كتاب: الأدب، باب: كم مرة يسلم الرجل في الاستئذان، برقم (٥١٨٠)، وأحمد برقم (١٠٦٤٦)، والدارمي برقم (٢٦٢٩)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٣٣٩)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٧٠) برقم (٥١٨)، والحميدي في مسنده (٢/ ٣٢١) برقم (٧٣٤)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٢١٨) برقم (١٤٤٧)، والبزار في مسنده (٨/ ١٣) برقم (٢٩٨١) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) في المخطوط: «أراد».

(٣) في المخطوط: «المنكرات».

(٤) في المطبوع: «النص الذي تلونا ولو».

(٥) مرسل: أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: الجامع، باب: الاستئذان، برقم (١٧٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٩٧) برقم (١٣٣٣٦)، وأورده ابن عبد البر في التمهيد (١٦/ ٢٢٩).

رضي الله عنه: إنْ لم تَسْتَأْذِنْ رأيتَ ما يَسوءُكَ.

إلاّ أنّ الأمرَ في الاستِئْذانِ على المحارِمِ أيسَرُ وأسهَلُ لأنّ المُحَرّمَ مُطْلَقُ النّظَرِ إلى موضِعِ الزّينةِ منها شرعًا، والله أعلم.

هذا الذي ذَكَرْنا حُكمُ الأحْرارِ البالِغينَ.

وأمّا حُكمُ المماليكِ والصِّبْيانِ: أمّا الممْلوكُ فيدخلُ في بيتِ سَيِّدِه من غيرِ استِئْذانٍ إلاّ في ثلاثةِ أوقاتٍ؛ قبل صَلاةِ الفجْرِ وعندَ الظُّهْرِ [1] وبعدَ صَلاةِ العِشاءِ الآخِرةِ لقولِه تبارَكَ وتعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ [وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ] [2]﴾ إلى قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ [٤/ ٤٥ب] وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ ۚ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النور: ٥٨] ولأنّ هذه أوقاتُ التّجرُّدِ وظُهورِ العوْرةِ في العادةِ.

أمّا قبل صَلاةِ الفجْرِ: فوقتُ الخُروجِ من ثياب النّومِ، ووقتُ الظّهيرةِ وقتُ وضْعِ الثّياب للقَيْلولةِ.

وأمّا بعدَ صَلاةِ العِشاءِ: فوقتُ وضْعِ ثياب النّهارِ للنّومِ، ولا كذلك بعدَ هذه الأوقاتِ الثّلاثِ؛ لأنّ العوْراتِ بعدَها تكونُ مستورةً عادةً، والعبدُ والأمةُ في ذلك سَواءٌ وسَواءٌ كان الممْلوكُ صَغيرًا أو كبيرًا بعدَ أنْ كان يعرِفُ العوْرةَ من غيرِ العوْرةِ؛ لأنّ هذه أوقات غرّةٍ وساعات غَفْلةٍ فرُبّما يكونُ على حالةٍ يَكرَه أنْ يَراه أحدٌ عليها، وهذا المعنى يَسْتَوي فيه الذّكَرُ والأُنْثَى والكبيرُ والصّغيرُ بعدَ أنْ يكونَ من أهلِ التّمْييزِ، ويكونُ الخِطابُ في الصِّغارِ للسّاداتِ بالتّعليمِ والتّأديب كما في الآباءِ مع الأبناءِ الصِّغارِ.

وأمّا الصّبْيانُ: فإنْ كان الصّغيرُ مِمّنْ لا يُمَيِّزُ بين العوْرةِ وغيرِها فيدخلُ في الأوقاتِ كُلِّها، وإنْ كان من أهلِ التّمْييزِ بأنْ قَرُبَ من البُلوغِ يمْنَعُه الأبُ من الدُّخولِ في الأوقاتِ الثّلاثةِ تَأديبًا وتَعليمًا لأُمورِ الدّينِ كالأمرِ بالصّلاةِ إذا بَلَغَ سَبْعًا وضَرْبه عليها إذا بَلَغَ عشرًا والتّفريقِ بينهم في المضاجِعِ والله عزّ وجلّ أعلَمُ.

هذا إذا كان البيتُ مسكونًا بأنْ كان له ساكِنٌ، وأمّا إذا لم يكنْ كالخاناتِ والرِّباطاتِ التي تكونُ للمارّةِ والخرِباتِ التي تُقْضَى فيها حاجةُ البوْلِ والغائطِ فلا بَأسَ أنْ يدخلَه من غيرِ استِئْذانٍ لقولِه سُبْحانَه وتعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُواْ بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَـٰعٌ

---

(١) في المخطوط: «الظهيرة».

(٢) ليست في المخطوط.

لَكُمْ﴾ [النور:٢٩] أي: مَنْفَعةٌ لَكُم وهي مَنْفَعةُ دَفْعِ الحرِّ والبرْدِ في الخاناتِ والرِّباطاتِ ومَنْفَعةُ قضاءِ الحاجةِ من البوْلِ والغائطِ في الخرِباتِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

ورُوِيَ في الخبَرِ أنّه لَمّا نزلتْ آيةُ الاستِئْذانِ قال سَيِّدُنا أبو بَكرٍ رضي الله عنه: يا رسول اللّه فكيف بالبُيوتِ التي بين مَكّةَ والمدينةِ وبين المدينةِ والشّامِ ليس فيها ساكِنٌ، فأنزَلَ اللّه تعالى عَزّ وجَلّ قوله: ﴿لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُواْ بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَٰعٌ لَّكُمْ﴾ [النور:٢٩] واللّه عَزّ وجَلّ الموَفِّقُ.

هذا الذي ذَكَرْنا حُكمُ الدُّخولِ. وأمّا حُكمُ ما بعدَ الدُّخولِ وهو الخلوةُ: فإنْ كان في البيتِ امرأةٌ أجنَبيّةٌ أو ذاتُ رَحِمٍ محرَمٍ لا يَحِلُّ للرّجُلِ أنْ يَخْلوَ بها لأنّ فيه خَوْفَ الفِتْنةِ والوُقوعَ في الحرامِ.

وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**لا يَخلوَنّ رجلٌ بامرأةٍ إلا وثالِثُهما الشّيطانُ**»[١] وإنْ كانتِ المرأةُ ذاتَ رَحِمٍ محرَمٍ منه فلا بَأسَ بالخلوةِ. والأفْضَلُ أنْ لا يفعلَ لما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: ما خَلوت بامرأةٍ قَطُّ مَخافةَ أنْ أدخُلَ في نَهْيِ النّبيِّ ﷺ.

وَيُكرَه للمرأةِ أنْ تَصِلَ شَعْرَ غيرِها: من بَني آدَمَ بشَعْرِها لقولِه ﷺ: «**لَعَنَ اللّه الواصِلَةَ والمُستَوْصِلةَ**»[٢]؛ ولأنّ الآدَميّ بجميعِ أجزائه مُكَرّمٌ والانتِفاعُ بالجزءِ المُنْفَصِلِ منه إهانةٌ له، ولهذا كُرِهَ بيعُه ولا بَأسَ بذلك من شَعْرِ البهيمةِ وصوفِها؛ لأنّه انتِفاعٌ بطريقِ التّزَيُّنِ بما

---

(١) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب: الفتن، باب: ما جاء في لزوم الجماعة برقم (٢١٦٥)، وأحمد برقم (١٧٨)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٨٧) برقم (٩٢١٩)، وابن حبان (١٢/ ٣٩٩) برقم (٥٥٨٦)، والحاكم في المستدرك (١/ ١٩٧) برقم (٣٨٧)، والطبراني في الصغير (١/ ١٥٨) برقم (٢٤٥)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٧) برقم (٣١)، والحميدي في مسنده (١/ ١٩) برقم (٣٢)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٣٧) برقم (٢٣)، وأبو يعلى في مسنده (١/ ١٣٣) برقم (١٤٣) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٢٥٤٦).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب: اللباس، باب: الوصل في الشعر، برقم (٥٩٣٧)، ومسلم، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم فعل الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة برقم (٢١٢٤)، وأبو داود، كتاب: الترجل، باب: في صلة الشعر، برقم (٤١٦٨)، والترمذي برقم (١٧٥٩)، والنسائي برقم (٥٠٩٥)، وابن ماجه برقم (١٩٨٧)، وأحمد برقم (٤٧١٠)، وابن حبان (١٢/ ٣٢٣) برقم (٥٥١٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٣١٢) برقم (١٤٦٠٩)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٥١) برقم (١٨٢٥)، والبزار في مسنده (٥/ ٤١٤)، برقم (٢٠٤٥) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

يحتملُ ذلك ولهذا احتَمَلَ الاستعمالُ في سائرِ وجوه الانتِفاعِ [1] فكذا في التَّزَيُّنِ.

وَلا بَأسَ للرّجُلِ أنْ يعزِلَ عن أمَتِه بغيرِ إذنِها.

وأمّا المنكوحةُ: فإنْ كانت حُرّةً يُكرَه له العزْلُ من غيرِ إذنِها بالإجماعِ؛ لأنّ لها في الولدِ حقًّا وفي العزْلِ فوتُ الولدِ، ولا يجوزُ تَفْويتُ حقِّ الإنسانِ من غيرِ رِضاه فإذا رَضِيَتْ جاز.

وإنْ كانت أمةً فلا بُدّ من الإذنِ أيضًا بلا خلافٍ لكنّ الكلامَ في أنّ الإذنَ بذلك إلى المولى أم إليها، قال أبو حنيفةَ رحمه الله: الإذنُ فيه إلى مولاها، وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ رحمهما الله: إليها.

وَجهُ قولِهما: أنّ لها حقًّا في قضاءِ الشّهوةِ والعزْلُ يوجِبُ نُقْصانًا [2] فيه ولا يجوزُ (إبْطالُ حقٍّ) [3] الإنسانِ من غيرِ رِضاه.

وَجْهُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أنّ الكراهةَ في الحُرّةِ لمَكانِ خَوْفِ فوْتِ الولدِ الذي لها فيه حقٌّ، والحقُّ ههنا في الولدِ للمولى (لا للأمةِ) [4] وقولُهما: فيه نُقْصانُ قضاءِ الشّهوةِ فنَعَم لكنّ حقّها في أصلِ قضاءِ الشّهوةِ لا في وصفِ الكمالِ.

ألا تَرَى أنّ من الرِّجالِ مَنْ لا ماءَ له وهو يُجامِعُ امرأتَه من غيرِ إنْزالٍ ولا يكونُ لها حقُّ الخُصومةِ، دَلّ أنّ حقّها في أصلِ قضاءِ الشّهوةِ لا في وصفِ الكمالِ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَيُكرَه للرّجُلِ أنْ يقول في دُعائه: أسألُك بحقِّ أنْبيائك ورُسُلِك وبحقِّ فُلانٍ؛ لأنّه لا حقّ لأحدٍ على الله سبحانه وتعالى جَلّ شَأنُه، وكذا يُكرَه أنْ يقول في دُعائه: أسألُك بمعقِدِ العِزِّ من عَرْشِك.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه لا بَأسَ بذلك [٤/ ٤٦أ] لوُرودِ الحديثِ وهو ما رُوِيَ عن رسولِ الله ﷺ أنّه كان يقولُ في دُعائه: **«اللّهمّ إنّي أسألُك بمعقِدِ العِزِّ من عَرْشِك ومُنْتَهَى الرّحمةِ من كِتابك وباسمِك الأعظَمِ وجَدِّك الأعلى وكَلِماتِك التّامّةِ»** [5].

---

(١) في المخطوط: «الانتفاعات».
(٢) في المخطوط: «نقصًا».
(٣) في المخطوط: «البخس بحق».
(٤) في المخطوط: «دون الأمة».
(٥) موضوع: أخرجه الطبراني في الكبير (٢٥/ ١٢) برقم (٣)، وأخرجه الديلمي في الفردوس (١/ ٤٥٤)

وَجهُ ظاهرِ الروايةِ: أنّ ظاهرَ هذا اللّفظِ يوهمُ التّشبيهَ، لأنّ العرْشَ خَلْقٌ من خَلائقِ اللّه تبارَكَ وتعالى جَلّ وعَلا فاستَحالَ أنْ يكونَ عِزّ اللّه تَبارَكَ وتعالى معقودًا به، وظاهرُ الخبَرِ الذي هو في حَدِّ الآحادِ إذا كان موهمًا للتّشبيه فالكفُّ عن العمَلِ به أسلَمُ.

وَيُكرَه حَمْلُ الخِرْقةِ: لمسحِ العَرَقِ والامتِخاطِ [به] [1] تَرَفُّعًا بها وتكَبُّرًا لأنّ التكَبُّرَ من المخْلوقِ مَذمومٌ، وكذا هو تَشْبيهٌ [2] بزيِّ العجَمِ.

و[قد] [3] قال سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله عنه: إيّاكُم وزيّ العجَمِ.

فأمّا حاجةٍ فلا بَأسَ به؛ لأنّه لو لم يُحمَلْ لاحتاجَ إلى الأخذِ بالكمِّ والذّيْلِ، وفيه إفسادُ ثَوْبه.

وَلا بَأسَ برَبْطِ الخيْطِ في الأُصْبُعِ أو الخاتَمِ للحاجةِ؛ لأنّ فيه استِعانةً على قضاءِ حاجةِ المسلمِ بالتّذْكيرِ [4] ودَفْعِ النّسْيانِ وأنّه أمرٌ مَنْدوبٌ إليه.

ورُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ أمر بعضَ الصّحابةِ بذلك [5].

وَيُكرَه استقبالُ القِبْلةِ بالفرجِ في الخلاءِ: لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**إذا أتيتُمُ الغائطَ فعَظِّموا قِبْلةَ اللّه تَبارَكَ وتعالى، فلا تَستقبلوها ولا تَستَدْبروها، ولكنْ شرِّقوا أو غَرِّبوا**» [6] وهذا بالمدينةِ.

برقم (١٨٤٥)، وأورده المنذري في ترغيبه (١/ ٢٧٤) برقم (١٠٢١) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه. انظر ضعيف الترغيب والترهيب رقم (٤١٨).

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «تشبه».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «بالذكر».
(٥) لم أقف عليه.
(٦) الحديث بلفظه أورده الزيلعي في نصب الراية (٢/ ١٠٣) من حديث سراقة بن مالك رضي الله عنه. وأورده مرسلا من طريق زمعة بن صالح عن سلمة بن وهرام عن طاووس، والحديث أصله في الصحيحين، أخرجه البخاري بنحوه، كتاب: الوضوء، باب: لا تستقبل القبلة بغائط أو بول إلا عند البناء جدار أو نحوه، برقم (١٤٤)، ومسلم، كتاب: الطهارة، باب: الاستطابة، برقم (٢٦٤)، وأبو داود، كتاب كراهية استقبال القبلة عندما قضاء الحاجة، برقم (٩)، والترمذي برقم (٨)، والنسائي برقم (٢١)، وابن ماجه برقم (٣١٨)، وأحمد برقم (٢٣٠٦٥)، ومالك برقم (٤٥٣)، والدارمي برقم (٦٦٥)، وابن خزيمة (١/ ٣٣) برقم (٥٧)، وابن حبان (٤/ ٢٦٣) برقم (١٤١٦)، والدارقطني (١/ ٦٠) برقم (١٠)، والبيهقي في الكبرى (١/ ٩١) برقم (٤٣٣)، والطبراني في الكبير (٤/ ١٤٤) برقم (٣٩٤٧)، والشافعي في مسنده (١/ ١٨٣)، والحميدي في مسنده (١/ ١٨٧) برقم (٣٧٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١/ ١٣٩) برقم (١٦٠١٠) من حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه.

وأما الاستِدْبارُ: فعن أبي حنيفةَ رضي الله عنه فيه رِوايَتانِ: في رِوايةٍ: يُكرَه [للحديث الذي روينا،] (١) وفي رِوايةٍ: لا يُكرَه لما رَوَى عبدُ اللّه بنُ عُمَرَ رضي الله تعالى عنهما أنّه رأى النّبيّ عليه الصلاة والسلام مُستقبلَ الشّامَ مُسْتَدْبرَ القِبْلَةَ (٢)؛ ولأنّ فرجَه لا يوازي القِبْلَةَ حالةَ الاستِدْبارِ وإنّما يوازي الأرضَ بخلافِ حالةِ الاستقبالِ.

هذا إذا كان في الفضاءِ، فإنْ كان في البُيوتِ فكذلك عندَنا (٣) وعندَ الشّافعيِّ عليه الرّحمةُ لا بَأسَ بالاستقبالِ في البُيوتِ (٤).

واحتَجّ بما روى (٥) عبدُ اللّه بن عُمَرَ رضي الله تعالى عنهما [أنه] (٦) سُئِلَ عن ذلك فقال: إنّما ذلك في الفضاءِ.

ولنا: ما رَوَيْنا من حَديثِ رسولِ اللّه ﷺ مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين الفضاءِ والبُيوتِ، والعمَلُ بقولِ رسولِ اللّه ﷺ أولى من العمَلِ بقولِ الصّحابيِّ، ولأنّ الفارِقَ بين الفضاءِ وبين البُيوتِ إنْ كان وجودُ الحائلِ من الجِدارِ ونحوِه، فقد وُجِدَ الحائلُ في الفضاءِ [أيضًا] (٧) وهو الجِبالُ وغيرُها ولم يمْنَعِ الكراهةَ فكذا هذا.

وَيُكرَه أنْ تكونَ قِبْلةُ المسجِدِ إلى مُتَوَضّأٍ أو مَخْرَجٍ أو حَمّامٍ؛ لأنّ فيه تَرْكَ تعظيمِ المسجِدِ وأمّا مسجِدُ البيتِ وهو الموضِعُ الذي عَيّنَه صاحِبُ البيتِ للصّلاةِ فلا بَأسَ بذلك؛ لأنّه ليس بمسجِدٍ حقيقةً فلا يكونُ له حُكمُ المسجِدِ.

وَتُكرَه التّصاويرُ في البُيوتِ: لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ عن سَيِّدِنا جِبْريلَ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «إنا لا نَدْخلُ بيتًا فيه كلْبٌ أو صورةٌ» (٨)؛ ولأنّ إمساكَها تَشَبُّهٌ بعَبَدةِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب: الوضوء، باب: التبرز في البيوت، برقم (١٤٨)، ومسلم، كتاب: الطهارة، باب: الاستطابة برقم (٢٦٦)، وأحمد برقم (٤٥٩٢)، وابن خزيمة (١/ ٣٤) برقم (٥٩)، والبيهقي في الكبرى (١/ ٩٢) برقم (٤٤٢)، وأبو عوانة في مسنده (١/ ١٧١) برقم (٥١٢).

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الاختيار (١/ ٣٧)، مراقي الفلاح (ص ٩).

(٤) وفي بيان مذهب الشافعية: يجوز في البنيان استقبال القبلة واستدبارها، ويحرم في غير البناء. انظر: مختصر المزني (ص ٣)، المهذب (١/ ٣٣)، الوجيز (١/ ١٤)، المنهاج (ص ٤)، مغني المحتاج (١٠/ ٤٠).

(٥) زاد في المخطوط: «أن».

(٦) زيادة من المخطوط.

(٧) زيادة من المخطوط.

(٨) أخرجه البخاري، كتاب: اللباس، باب: لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة، برقم (٥٩٦٠) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما. وأخرجه مسلم، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم تصوير صورة

الأوثانِ إلاّ إذا كانت على البُسُطِ أو الوسائدِ الصِّغارِ التي تُلْقَى على الأرضِ ليُجْلَسَ عليها فلا تُكرَه؛ لأنّ دَوْسَها بالأرجُلِ إهانةٌ لها فإمساكُها في موضِعِ الإهانةِ لا يكونُ تَشَبُّهًا بعَبَدَةِ الأصنامِ إلاّ أنْ يَسْجُدَ عليها فيُكرَه لحُصولِ معنى التّشَبُّه.

ويُكرَه على السُّتورِ وعلى الأُزُرِ المضْروبةِ على الحائطِ وعلى الوسائدِ الكِبارِ وعلى السّقفِ لَما فيه من تعظيمِها، ولو لم يكنْ لها رأسٌ فلا بَأسَ لأنّها لا تكونُ صورةً، بل تكونُ نَقْشًا، فإنْ قَطَعَ رأسَه بأنْ خاطَ على عُنُقِه خَيْطًا فذاكَ ليس بشيءٍ لأنّها لم تخرُجْ عن كونِها صورةً بَلِ ازْدادَتْ حِلْيَةً كالطّوْقِ لذَواتِ الأطْواق من الطُّيورِ، ثُمّ المكروه صورةُ ذي الرّوحِ، فأمّا صورةُ ما لا روحَ له من الأشجارِ والقناديلِ ونحوِها فلا بَأسَ به.

وَيُكرَه التّعْشيرُ [١] والنّقْطُ في المُصْحَفِ: لقولِ عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه: جَرِّدوا مَصاحِفَكُم [٢] [٣]، وذلك في تَرْكِ التّعْشيرِ والنّقْطِ، ولأنّ ذلك يُؤَدّي إلى الخلَلِ في تَحَفُّظِ القرآنِ؛ لأنّه يَتّكِلُ عليه فلا يَجْتَهِدُ في التّحَفُّظ بل يتكاسَلُ، لكنْ قِيلَ: هذا في بلادِهم، فأمّا في بلادِ العجَمِ فلا يُكرَه؛ لأنّ العجَمَ لا يقدِرونَ على تَعَلُّمِ القرآنِ بدونِه، ولهذا جَرَى التّعارُفُ به في عامّةِ البلادِ [٤] من غيرِ نكيرٍ فكان مسنونًا لا مَكروهًا، وَلا بَأسَ بنَقْشِ المسجِدِ بالجِصِّ والسّاجِ وماءِ الذّهَبِ لأنّ تَزْيينَ المسجِدِ من باب تعظيمِه لكنْ مع هذا تَرْكُه أفْضَلُ؛ لأنّ صَرْفَ المالِ إلى الفقراءِ أولى، وإليه أشارَ عُمَرُ بنُ عبدِ العزيزِ

الحيوان...، برقم (٢١٠٥)، وأبو داود، كتاب: اللباس، باب: في الصورة، برقم (٤١٥٧)، والنسائي برقم (٤٢٨٣)، وأحمد برقم (٢٦٢٦٠)، وابن خزيمة (١/ ١٥٠) برقم (٢٩٩)، وابن حبان (١٣/ ١٦٧) برقم (٥٨٥٦)، والبيهقي في الكبرى (١/ ٢٤٢) برقم (١٠٨٤)، والطبراني في الكبير (٢٣/ ٤٣٠) برقم (١٠٤٦)، وأبو يعلى في مسنده (١٣/ ٨)، برقم (٧٠٩٣) من حديث ميمونة بنت الحارث رضي الله عنها.

(١) التعشير: جعل العواشر في المصحف، والعاشرة هي الحلقة في المصحف عند منتهى كل عشر آيات، والعاشرة أيضًا الآية التي تتم عندها العشر. انظر: الموسوعة الفقهية (١٢/ ٢٩٠).

(٢) في المخطوط: «المصاحف».

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى (٦/ ٢٤٠) برقم (١٠٨٠٠)، والطبراني في الكبير (٩/ ٣٥٣) برقم (٩٧٥٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/ ٣٢٢) برقم (٧٩٤٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢/ ٢٣٩) برقم (٨٥٤٧)، والبيهقي في الشعب (٢/ ٥٤٧) برقم (٢٦٧١) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وأورده الهيثمي في المجمع (٧/ ١٥٨)، وقال: رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح غير أبي الزعراء وقد وثقه ابن حبان، وقال البخاري وغيره: لا يتابع في حديثه.

(٤) في المخطوط: «بلاد الإسلام».

رضي الله عنهما حين [٤/ ٤٦ب] رأى مالاً يُنْقَلُ إلى المسجِدِ الحرامِ، فقال: المساكينُ أحْوَجُ من الأساطينِ [(١)].

وكان لمسجِدِ رسولِ اللّه ﷺ جَريدُ النّخْلِ.

وهذا إذا نَقَشَ من مالِ نفسِه، فأمّا من مالِ المسجِدِ فلا يَنْبَغي أنْ يفعلَ ولو فعَلَ القيِّمُ من مالِ المسجِدِ قِيلَ: إنّه يَضْمَنُ.

وَلا يَعُقُّ عن الغُلامِ والجاريةِ: عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله: العقيقةُ سُنّةٌ.

واحتَجّ بما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ عَقّ عن سَيِّدِنا الحسَنِ وسَيِّدِنا الحُسَيْنِ رضي الله عنهما كبْشًا كبْشًا [(٢)].

ولنا: ما رُوِيَ عن سَيِّدِنا رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «نَسَخَتِ الأُضحيَةُ كُلّ دَم كان قبلها، ونَسَخَ صومُ رَمَضانَ كُلّ صوم كان قبله، ونَسَخَتِ الزكاةُ كُلّ صَدَقةٍ كانت قبلها» [(٣)]، والعقيقةُ كانت قبل الأُضْحيّةِ فصارتْ مَنْسوخةً بها كالعتيرةِ والعقيقةِ ما كانت قبلها فرضًا بل كانت فضْلاً وليس بعدَ نَسْخِ الفضْلِ إلاّ الكراهةُ، بخلافِ صوم عاشوراءَ وبعضِ الصّدَقاتِ المنسوخةِ حيثُ (لا يُكرَه) [(٤)] التّنَفُّلُ بها بعدَ النّسْخِ؛ لأنّ ذلك كان فرضًا وانتِساخُ الفرضيّةِ لا يُخْرِجُه عن كونِه قُرْبةً في نفسِه واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَيُكرَه للرّجُلِ أنْ يَجْعَلَ الرّايةَ في عُنُقِ عبدِه: ولا بَأسَ بأنْ يُقَيِّدَه أمّا الرّايةُ وهي الغُلُّ فلأنّه شيءٌ أحْدَثَته الجبابرةُ.

وقد قال رسولُ اللّه ﷺ: «كُلُّ مُحدَثةٍ بذعةٌ وكُلُّ بذعةٍ ضَلالةٌ وكُلُّ ضَلالةٍ في النارِ» [(٥)]، فأمّا التّقْييدُ فليس بمُحْدَثٍ بل كان يَسْتعمِلُه الصّحابةُ الكِرامُ رضي الله تعالى عنهم.

رُوِيَ أنّ عبدَ اللّه بنَ عَبّاسٍ رضي الله عنهما قَيّدَ عبدًا له يُعَلِّمُه تَأويلَ القرآنِ. وبه جَرَتِ العادةُ في سائرِ الأعصارِ من غيرِ نكيرٍ فيكونُ إجماعًا؛ ولأنّ ضَرْبَ الرّايةِ على العبدِ لإبْقاءِ التّمَكُّنِ من الانتِفاعِ مع الأمنِ عن الإباقِ إلاّ أنْ لا يَحْصُلُ بالرّايةِ؛ لأنّ كُلّ أحدٍ إذا

---

(١) في المخطوط: «الشياطين».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «جاز».
(٥) صحيح: أخرجه النسائي، كتاب: صلاة العيدين، باب: كيف الخطبة، برقم (١٥٧٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير رقم (١٣٥٣).

رَآه يمْشي مع الرّايةِ يَظُنُّه آبقًا فيصْرِفُه عن وجهِه ويَرُدُّه إلى مولاه فلا يُمْكِنه الانتِفاع به، فلم يكنْ ضَرْبُ الرّايةِ عليه مُفيدًا.

وَلا بَأسَ بالحُقْنةِ: لأنّها من باب التّداوي وأنّه أمرٌ مَندوبٌ إليه.

قال النّبيُّ ﷺ: «تَداوَوْا فإنّ اللّهَ تعالى (لم يَخلُقْ) (١) داءً إلاّ وقد خَلَقَ له دَواءً إلاّ السّامَ والهَرَمَ» (٢).

وَيُكرَه اللّعِبُ بالنّرْدِ والشِّطْرَنْجِ والأربعةِ عشرِ: وهي لَعِبٌ تَسْتعمِلُه اليهودُ؛ لأنّه قِمارٌ أو لَعِبٌ وكُلُّ ذلك حَرامٌ (٣).

أمّا القِمارُ: فلِقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ﴾ [المائدة: ٩٠] [الآية والميسر] (٤) هو القِمارُ، كذا رَوَى ابنُ عَبّاسٍ وابنُ عُمَرَ رضي الله عنهم (٥)، ورُوِيَ عن مُجاهِدٍ وسَعيدِ بنِ جُبيرٍ والشّعْبيِّ وغيرِهم رضي الله عنهم أنّهم قالوا: المَيْسِرُ القِمارُ كُلُّه حتّى الجوْزُ الذي يَلْعَبُ به الصِّبْيانُ (٦).

وعن سَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: الشِّطْرَنْجُ هو مَيْسِرُ الأعاجِمِ (٧)، وعن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «ما ألهاكُم عن ذِكرِ اللّه فهو مَيْسِرٌ» (٨).

وأمّا اللّعِبُ: فلِقولِه ﷺ: «كُلُّ لَعِبٍ حَرامٌ إلّا مُلاعَبةُ الرّجُلِ امرأتَه وقَوْسَه وفَرَسَه» (٩).

---

(١) في المخطوط: «ما خلق».
(٢) أخرجه ابن حبان (١٣/ ٤٢٨)، والديلمي في الفردوس (٢/ ٤٨) برقم (٢٢٧٥)، وأورده الهيثمي في موارد الظمآن (١/ ٣٣٩) برقم (١٣٩٥) من حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه.
(٣) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (١٠/ ٦٤ - ٦٥)، الاختيار (٤/ ١٦٣)، البناية (١١/ ٢٨١ - ٢٨٤).
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) انظر الدر المنثور (٢/ ٥٦٥).
(٦) انظر المصدر السابق.
(٧) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٧٥)، وقال: غريب مرفوعًا.
(٨) أورده ابن حجر في «الدراية»، (٢/ ٢٤٠)، برقم (٩٧٨)، من طريقين، وقال: غريب مرفوعًا.
(٩) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الجهاد، باب: في الرمي، برقم (٢٥١٣)، والترمذي برقم (١٦٣٧)، والنسائي برقم (٣٥٧٨)، وابن ماجه برقم (٢٨١١)، وأحمد برقم (١٦٨٤٩)، والدارمي برقم (٢٤٠٥)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٤)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٣٤١) برقم (٩٤١)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ١٣٥) برقم (١٠٠٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٣٠٣) برقم (٢٦٣٢٤) من حديث عقبة بن عامر الجهني، انظر ضعيف سنن أبي داود.

وقوله ﷺ: «ما أنا من دَدٍ (١) ولا دَدٌ مِنّي» (٢).

وحُكِيَ عن الشّافعيِّ رحمه الله: أنّه رَخّصَ في اللّعِب بالشِّطْرَنْجِ، وقال: لأنّ فيه تَشْحيذَ الخاطِرِ وتَذْكيةَ الفهْمِ والعلمَ بتَدابيرِ الحرْب ومَكايِدِه، فكان من باب الأدَب فأشبَهَ الرِّماية والفُروسيّة، وبهذا لا يَخْرُج عن كونِه قِمارًا ولعِبًا، وكُلُّ ذلك حَرامٌ لما ذَكَرْنا (٣).

وكَرِهَ أبو يوسُفَ التّسْليم على اللاّعِبينَ بالشِّطْرَنْجِ تَحْقيرًا لهم لزَجْرِهم عن ذلك، ولم يَكرَهْه أبو حنيفة رضي الله عنه؛ لأنّ ذلك يَشْغَلهم عَمّا هم فيه فكان التّسْليمُ عليهم بعض ما يمْنَعهم عن ذلك فلا يُكرَه.

وَلا بَأسَ بعيادةِ اليهودِ والنّصارى: لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ عادَ يَهوديًّا، فقال له: «قُلْ: لا إلَهَ إلّا اللّه محمّدٌ رسولُ اللّه»، فنَظَرَ إلى أبيه، فقال له أبوه: أَجِبْ محمّدًا، فأسلَمَ ثُمّ مات، فقال رسولُ اللّه ﷺ: «الحمدُ للّه الذي أنقَذَ بي نَسَمةً من النارِ» (٤)؛ ولأنّ عيادةَ الجارِ قضاءُ حقِّ الجِوارِ وأنّه مَندوبٌ إليه قال اللّه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ﴾ [النساء: ٣٦] من غيرِ فصلٍ، مع ما في العيادةِ من الدّعْوةِ إلى الإيمانِ رَجاءَ الإيمانِ فكيف يكونُ مَكروهًا.

وَيُكرَه الابتِداءُ بالتّسْليمِ على اليهوديِّ والنّصْرانيِّ: لأنّ السّلامَ (٥) اسمٌ لكُلِّ برٍّ وخَيْرٍ ولا يجوزُ مثلُ هذا الدُّعاءِ للكافرِ إلاّ أنّه إذا سَلّمَ لا بَأسَ بالرّدِّ عليه مُجازاةً له ولكنْ لا يَزيدُ على قولِه: [و] (٦) عليك؛ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «إنّ اليهودَ إذا سَلّمَ عليكم أحدُهم فإنّما يقولُ: السّامُ [٤/ ١٤٧أ] عليكُم فقولوا [و] (٧) عليك» (٨).

---

(١) الدد: اللعب واللهو وهي محذوفة اللام، وقد استعملت متممة: ددًا كندًا، وددنٍ كبدنٍ، ولا يخلو المحذوف أن يكون ياءً كقولهم: (يدٌ في يدي)، انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ١٠٩).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير»، (١٩/ ٣٤٣)، برقم (٧٩٤)، وقال الهيثمي في «المجمع» (٨/ ٢٢٦): رواه الطبراني عن محمد بن أحمد بن نصر الترمذي عن محمد بن عبد الوهاب الأزهري، ولم أعرفهما وبقية رجاله ثقات.

(٣) مذهب الشافعية: أن اللعب بالشطرنج ليس بحرام، ولكنه مكروه، وقيل: إنه مباح. ولا ترد به الشهادة إلا أن يختلط بقمار أو فحش أو إخراج صلاة عن وقتها. انظر: الوسيط (٧/ ٣٤٨)، الروضة (١١/ ٢٢٥).

(٤) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٧١) من حديث بريدة رضي الله عنه.

(٥) في المخطوط: «التسليم».

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) ليست في المخطوط.

(٨) أخرجه البخاري، كتاب: الاستئذان، باب: كيف يرد على أهل الذمة السلام، برقم (٦٢٥٧)،

وَلا بَأسَ بدُخولِ أهلِ الذِّمّةِ المساجِدَ: عندَنا [(١)].

وقال مالِكٌ رحمه الله والشّافعيُّ [(٢)]: لا يَحِلُّ لهم دُخولُ المسجِدِ الحرامِ [(٣)]، احتَجّ مالِكٌ رحمه الله بقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة :٢٨] وتَنْزيه المسجِدِ عن النّجَسِ واجِبٌ، يُحقِّقُه أنّه يجبُ تَنْزيه المسجِدِ عن بعضِ الطّاهراتِ كالنُّخامةِ [(٤)] ونحوِها، قال رسولُ اللّه ﷺ: «إنّ المسجِدَ لَيَنزوي من النُّخامةِ كما تَنْزوي الجِلْدةُ من النّارِ» [(٥)] فعن النّجاسةِ أولى.

واحتَجّ الشّافعيُّ رحمه الله بقولِه جَلّ وعَلا: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ [بَعْدَ عَامِهِمْ هَـٰذَا] [(٦)]﴾ [التوبة: ٢٨] خَصّ المسجِدَ الحرامَ بالنّهيِ عن قُرْبانِه فيَدُلُّ على اختصاصِ حُرْمةِ الدُّخولِ به ليكونَ التّخْصيصُ مُفيدًا.

ولنَا: أنّ المُشْرِكينَ من وُفودِ العرَب وغيرِهم كانوا يدخلونَ المسجِدَ على رسولِ اللّه ﷺ، فإنّه رُوِيَ أنّ أبا سُفْيانَ دخلَ المسجِدَ عامَ الحُدَيْبيةِ، وكذا وفْدُ ثَقيفٍ دخلوا المسجِدَ [(٧)].

ومسلم، كتاب: السلام، باب: النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام. . . ، برقم (٢١٦٤)، وأبو داود، كتاب: الأدب، باب: في السلام على أهل الذمة، برقم (٥٢٠٦)، والترمذي برقم (١٦٠٣)، وأحمد بنحوه برقم (٤٥٤٩)، ومالك برقم (١٩٠)، والدرامي برقم (٢٦٣٥)، والنسائي في الكبرى (٦/ ١٠٢) برقم (١٠٢١٢)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢٠٣)، والحميدي في مسنده (٢/ ٢٩٠) برقم (٦٥٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/ ١١) برقم (٩٨٤٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٢٥٠) برقم (٢٥٧٦٢) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(١) انظر في مذهب الحنفية: تكملة فتح القدير (١٠/ ٦٢ - ٦٣)، الاختيار (٤/ ١٦٦)، البناية (١٠/ ٢٦٩).

(٢) في المخطوط: «لا يحل، وقال الشافعي:».

(٣) مذهب الشافعية: أن الكافر لا يمكن من دخول حرم مكة بحال، سواء مساجده أو غيرها. وله دخول مساجد غير الحرم بإذن مسلم وليس له دخولها على الصحيح. انظر: الوسيط (٢/ ١٨٥)، الروضة (١/ ٢٩٦).

(٤) في المخطوط: «كالمخاط».

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢/ ١٤٤) برقم (١٦٩١)، وعبد الرزاق في مصنفه (١/ ٤٣٣) برقم (١٦٩١)، وأورده العجلوني في كشف الخفاء (١/ ٢٩٥) برقم (٧٧٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) دخول وفد ثقيف المسجد: ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: ما جاء في خبر الطائف، برقم (٣٠٢٦)، وأحمد، (١٧٤٥٤)، وانظر ضعيف سنن أبي داود.

وقال رسولُ اللّه ﷺ يومَ فتحِ مَكّةَ: «مَنْ دخلَ المسجِدَ فهو آمِنٌ»[(١)] جعل عليه الصلاة والسلام المسجِدَ[(٢)] مأمَنًا ودَعاهم إلى دُخولِه وما كان عليه الصلاة والسلام ليَدْعوَ إلى الحرامِ.

وأمّا الآيةُ الكريمةُ: فالمُرادُ أنّهم نَجَسُ الاعتِقادِ والأفْعالِ لا نَجَسُ الأعيانِ إذْ لا نَجاسةَ على أعيانِهم حقيقةً، وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ [بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا][(٣)]﴾ [التوبة: ٢٨] نَهْيٌ عن دُخولِ مَكّةَ للحَجِّ لا عن دُخولِ المسجِدِ الحرامِ نفسِه؛ لقولِه تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦٓ إِن شَآءَ﴾ [التوبة :٢٨]، ومعلومٌ أنّ خَوْفَ العيْلةِ إنّما يتحقّقُ بمَنْعِهم عن دُخولِ مَكّةَ لا عن دُخولِ المسجِدِ الحرامِ نفسِه؛ لأنّهم إذا دخلوا مَكّةَ ولم يدخلوا المسجِدَ الحرامَ لا يتحقّقُ خَوْفُ العيْلةِ؛ ولِما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ بَعَثَ سَيِّدَنا عَليًّا رضي الله عنه يُنادي: «ألا لا يَحُجّنّ بعدَ هذا العامِ مُشرِكٌ»[(٤)].

فثَبَتَ أنّ هذا نَهْيٌ عن دُخولِ مَكّةَ للحَجِّ إلاّ أنّه سبحانه وتعالى ذَكَر المسجِدَ الحرامَ لما أنّ المقصِدَ من إتْيانِ مَكّةَ البيتُ، والبيتُ في المسجِدِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

ولو أن مُسْلِمًا باعَ خمرًا وأخذ ثَمَنَها وعليه دَيْنٌ يُكرَه لصاحِب الدّيْنِ أنْ يأخُذَه منه، ولو كان البائعُ نصْرانيًّا فلا بَأسَ بأخذِه.

ووَجْه الفرقِ: أنّ بيعَ الخمْرِ من المسلمِ باطِلٌ؛ لأنّها ليستْ بمُتَقَوّمةٍ في حقِّ المسلمِ

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، برقم (٣٠٢٢)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ١١٨)، والطبراني في الكبير (٨/ ١٢) برقم (٧٢٦٤) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر فقه السيرة (ص ٣٧٧).

(٢) في المسجد: «الحرم».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب: الصلاة، باب: ما يستر العورة، برقم (٣٦٩)، ومسلم كتاب: الحج، باب: لا يحج البيت مشرك ولا يطوف بالبيت عريان، برقم (١٣٤٧)، وأبو داود، كتاب: المناسك، باب: يوم الحج الأكبر، برقم (١٩٤٦)، والنسائي برقم (٢٩٥٧)، وأحمد برقم (٧٩١٧)، والدارمي برقم (١٤٣٠)، وابن حبان (٩/ ١٢٨) برقم (٣٨٢٠)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٣٦١) برقم (٣٢٧٥)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٨٧) برقم (٩٠٩١)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (١/ ٤٤٧) برقم (٥١٧)، وأبو يعلى في مسنده (١/ ٧٧)، برقم (٧٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

فلا [١] يملِكُ ثَمَنَها فبقيَ على حُكمِ ملكِ المُشْتَري فلا [٢] يصحُّ قضاءُ الدَّيْنُ به، وإنْ كان البائعُ نصْرانيًّا فالبيعُ صَحيحٌ لكَوْنِها مالاً مُتقَوِّمًا في حقِّه فمَلَكَ ثَمَنَها فصَحّ قضاءُ الدَّيْنِ منه واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

رجلٌ دُعيَ إلى وليمةٍ أو طعامٍ وهناك لَعِبٌ أو غِناءٌ: جملةُ الكلامِ فيه أنّ هذا في الأصلِ لا يَخْلو من أحدِ وجهَيْنِ:

إمّا أنْ يكونَ عالِمًا أنّ هناك ذاكَ وإمّا أنْ لـم يكنْ عالِمًا به فإنْ كان عالِمًا به فإنْ كان من غالِبِ رأيِه أنّه يُمْكِنُه التّغْييرُ يُجيبُ لأنّ إجابةَ الدّعوى مسنونةٌ.

قال النّبيُّ ﷺ: «إذا دُعيَ أحدُكم إلى وليمةٍ فلْيأتِها» [٣] وتَغْييرُ المُنْكَرِ مَفروضٌ فكان في الإجابةِ إقامةُ الفرضِ ومُراعاةُ السُّنّةِ.

وإنْ كان في غالِبِ رأيِه أنّه لا يُمْكِنُه التّغْييرُ لا بَأسَ بالإجابةِ لما ذَكَرْنا أنّ إجابةَ الدّعْوةِ مسنونةٌ، ولا تُتْرَكُ السُّنّةُ لمعصيةٍ توجَدُ من الغيرِ.

ألا تَرَى أنّه لا يُتْرَكُ تَشْييعُ الجِنازةِ وشُهودُ المآتم وإنْ كان هناك فيه معصيةٌ من النّياحةِ وشَقِّ الجُيوب ونحوِ ذلك؛ كذا ههنا.

وقيلَ: هذا إذا كان المدعوُّ إمامًا يُقْتَدَى به بحيثُ يُحْتَرَمُ ويُحْتَشَمُ منه فإنْ لـم يكنْ فتَرْكُ الإجابةِ والقُعودِ عنها أولى.

وإنْ لـم يكنْ عالِمًا حتّى ذَهَبَ فوَجَدَ هناك لَعِبًا أو غِناءً فإنْ أمكَنَه التّغْييرُ غَيّرَ وإنْ لـم يُمْكِنْه ذَكَرَ في الكِتاب وقال: لا بَأسَ بأنْ يقعُدَ ويأكلَ.

وقال ابو حنيفةَ رضي الله عنه: ابتُليت بهذا مَرّةً، لما ذَكَرْنا أنّ إجابةَ الدّعْوةِ أمرٌ مَنْدوبٌ إليه فلا يُتْرَكُ لأجلِ معصيةٍ توجَدُ من الغيرِ.

---

(١) في المخطوط: «فلم».
(٢) في المخطوط: «فلم».
(٣) أخرجه البخاري، كتاب: النكاح، باب: حق إجابة الوليمة والدعوة ومن أولم سبعة أيام...، برقم (٥١٧٣)، ومسلم، كتاب: النكاح، باب: الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة، برقم (١٤٢٩)، وأبو داود، كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء في إجابة الدعوة، برقم (٣٧٣٦)، وابن ماجه برقم (١٩١٤)، وأحمد برقم (٤٧١٦)، ومالك برقم (١١٥٩)، والدارمي برقم (٢٢٠٥)، وابن حبان (١٢/ ١٠٤) برقم (٥٢٩٤)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٤٠) برقم (٦٦٠٨)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٦١) برقم (١٤٢٩٤) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

[وقيل:] (١) هذا إذا لم يعلم به حتّى دخلَ فإنْ عَلِمَه قبل الدُّخولِ يرجعْ ولا يدخلُ، وقيلَ: هذا إذا لم يكنْ إمامًا يُقْتَدَى به (فإنْ كان) (٢) لا يمْكُثُ بل يَخْرُجُ؛ لأنّ في المُكثِ استخفافًا بالعلمِ والدّينِ وتَجْرِئَةً لأهلِ الفِسْقِ، على الفِسْقِ وهذا لا يجوزُ وصَبْرُ أبي حنيفةَ رحمة الله عليه محمولٌ على وقتٍ لم يصِرْ فيه مُقْتَدًى به على الإطلاقِ، ولو صار لَما صَبَرَ.

ودَلّتِ المسألةُ على أنّ مُجَرّدَ الغِناءِ معصيةٌ، وكذا الاستماعُ إليه وكذا ضَرْبُ القصَب والاستماعُ إليه، ألا تَرَى أنّ أبا حنيفةَ رضي الله عنه سَمّاه ابتِلاءً.

وَيُكرَه الاحتِكارُ: والكلامُ في الاحتِكارِ في موضِعَيْنِ:

أحدِهما: في تَفْسيرِ الاحتِكارِ، وما يصيرُ به الشّخْصُ مُحْتكِرًا.

والثّاني: في بيانِ حُكمِ الاحتِكارِ.

أمّا [٤/٤٧ب] الأوّلُ: فهو أنْ يشتريَ طعامًا في مِصْرٍ ويمْتَنِعَ عن بيعِه وذلك يَضُرُّ بالنّاسِ وكذلك (٣) لو اشتَراه من مَكان قَريبٍ يَحمِلُ طعامَه إلى المِصْرِ وذلك المِصْرُ صَغيرٌ وهذا يَضُرُّ به يكونُ مُحْتَكِرًا، وإنْ كان مِصْرًا كبيرًا لا يَضُرُّ به لا يكونُ مُحْتَكِرًا، ولو جَلَبَ إلى مِصْرٍ (٤) طعامًا من مَكان بَعيدٍ وحَبَسَه لا يكونُ احتِكارًا.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله: أنّه يكونُ احتِكارًا؛ لأنّ كراهةَ الاحتِكارِ بالشّراءِ في المِصْرِ والامتِناعَ عن البيعِ لمَكانِ الإضْرارِ بالعامّةِ وقد وُجِدَ ههنا.

(ولأبي حنيفةَ) (٥) رضي الله عنه قولُ النّبيِّ عليه الصلاة والسلام: «الجالِبُ مرزوقٌ» (٦) وهذا جالِبٌ ولأنّ [حُرْمةَ] (٧) الاحتِكارِ بحَبْسِ المُشْتَرَى في المِصْرِ لتَعَلُّقِ حقِّ العامّةِ به فيصيرُ ظالِمًا بمَنْعِ حقِّهم على ما نَذْكُرُ ولم يوجدْ ذلك في المُشْتَري خارجَ المِصْرِ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فإنه».
(٣) في المخطوط: «كذا».
(٤) في المخطوط: «المصر».
(٥) في المخطوط: «وجه قول أبي حنيفة».
(٦) ضعيف: أخرجه ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: الحكرة والجلب برقم (٢١٥٣)، والدارمي برقم (٢٥٤٤)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٠) برقم (١٠٩٣٤)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ٤٢) برقم (٣٣) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، انظر ضعيف الترغيب والترهيب برقم (١١٠١).
(٧) ليست في المخطوط.

من مَكان بَعيدٍ ؛ لأنّه مَتَى اشتَراه ولم يتعَلّقْ به حقُّ أهلِ المِصْرِ فلا يتحقّقُ الظُّلْمُ ولكنْ مع هذا الأفْضَلُ له أنْ لا يفعلَ ويَبيعَ ؛ لأنّ في الحبْسِ ضَرَرًا بالمسلمينَ وكذلك ما حَصَلَ له من ضَياعِه بأنْ زَرَعَ أرضَه فأمسَكَ طعامَه فليس ذلك باحتِكارٍ ؛ لأنّه لم يتعَلّقْ به حقُّ أهلِ المِصْرِ لكنِ الأفْضَلُ أنْ لا يفعلَ ويَبيعَ لما قُلْنا : ثُمّ الاحتِكارُ يَجْري في كُلِّ ما يَضُرُّ بالعامّةِ عندَ أبي يوسُفَ رحمه الله قوتًا كان أو لا وعندَ محمّدٍ رحمه الله لا يَجْري الاحتِكارُ إلاّ في قوتِ النّاسِ وعَلَفِ الدّوابِّ من الحِنْطةِ والشّعيرِ والتِّبنِ والقتِّ .

وَجْهُ قولِ محمّدٍ رحمه الله: أنّ الضّرَرَ في الأعَمِّ الأغْلَب إنّما يَلْحقُ العامّةَ بحَبْسِ القوتِ والعلَفِ فلا يتحقّقُ الاحتِكارُ إلاّ به .

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ رحمه الله : أنّ الكراهةَ لمَكانِ الإضْرارِ بالعامّةِ وهذا لا يختصُّ بالقوتِ والعلَفِ .

وامّا حُكمُ الاحتِكارِ فنَقولُ: يتعَلّقُ بالاحتِكارِ أحْكامٌ :

منها: الحُرْمةُ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال : **«المُحتَكِرُ مَلْعونٌ والجالِبُ مرزوقٌ»** [(١)] ولا يَلْحقُ اللّعْنُ إلاّ بمُباشرةِ المُحَرّمِ .

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال : **«مَنِ احتَكَرَ طعامًا أربعينَ لَيلةً فقد بَرِئَ من اللّه وبَرِئَ اللّه منه»** [(٢)] ومثلُ هذا الوعيدِ لا يُلْحقُ إلاّ بارْتِكاب الحرام [(٣)] ولأنّ الاحتِكارَ من باب الظُّلْمِ ؛ لأنّ ما بيعَ في المِصْرِ فقد تَعَلّقَ به حقُّ العامّةِ فإذا امتَنَعَ المُشْتَري عن بيعِه عند شِدّةِ حاجَتِهم إليه فقد مَنَعَهم حقّهم ، ومَنْعُ الحقِّ عن المُسْتَحِقِّ ظُلْمٌ وأنّه حَرامٌ وقَليلُ مُدّةِ الحبْسِ وكَثيرُها سَواءٌ في حقِّ الحُرْمةِ لتَحقُّقِ الظُّلْمِ .

ومنها: أنْ [(٤)] يُؤْمَرَ المُحْتَكِرُ بالبيعِ إزالةً للظُّلْمِ لكنْ إنّما يُؤْمَرُ ببيعِ ما فضَلَ عن قوتِه وقوتِ أهلِه فإنْ لم يفعلْ وأصَرّ على الاحتِكارِ ورُفِعَ إلى الإمامِ مَرّةً أُخرى وهو مُصِرٌّ عليه [(٥)] فإنّ الإمامَ يَعِظُه ويُهَدّدُه فإنْ لم يفعلْ ورُفِعَ إليه مَرّةً ثالِثةً يَحْبسُه ويُعَزِّرُه زَجْرًا له

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) منكر : أخرجه أحمد، برقم (٤٨٦٥)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٤) برقم (٢١٦٥)، وأبو يعلى في مسنده (١٠/ ١١٧) برقم (٥٧٤٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، انظر ضعيف الترغيب والترهيب برقم (١١٠٠) .
(٣) في المخطوط : «المحرم» .
(٤) في المخطوط : «أنه» .
(٥) في المخطوط : «على الاحتكار» .

عن سوءِ صُنعِه ولا يُجْبَرُ على البيعِ.

وقال محمد: يُجبَرُ عليه وهذا يرجعُ إلى مسألةِ الحجْرِ على الحُرِّ؛ لأنّ الجبْرَ على البيعِ في معنى الحجْرِ.

وكذا لا يُسَعِّرُ؛ لقولِه عَزّ وجَلّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩] وقولِه عليه الصلاة والسلام: «**لا يَحِلُّ مالُ امرِئٍ مسلمٍ إلّا بطيبٍ من نفسِه**» (١) ورُوِيَ أنّ السِّعْرَ عَلا في المدينةِ وطَلَبوا (٢) التّسْعيرَ من رسولِ اللّه ﷺ فلم يُسَعِّرْ وقال: «**إنّ اللّهَ تَبارَكَ وتعالى هو المُسَعِّرُ القابضُ الباسِطُ**» (٣).

ومنها: أنّه إذا خافَ الإمامُ الهَلاكَ على أهلِ المِصْرِ أخذ الطّعامَ من المُحْتَكِرينَ وفَرّقَه عليهم فإذا وجَدوا رَدّوا عليهم مثلَه لأنّهم اضْطُرّوا إليه ومَنِ اضْطُرّ إلى مالِ الغيرِ في مَخْمَصةٍ كان له أنْ يتناوَلَه بالضّمانِ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة:٣].

وَكذا يُكرَه تَلَقّي الرُّكبانِ إذا كان يَضُرُّ (٤) بأهلِ المِصْرِ لما رُوِيَ أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام نَهَى عن تَلَقّي الرُّكبانِ (٥)؛ ولأنّ فيه إضْرارًا بالعامّةِ فيُكرَه كما يُكرَه الاحتِكارُ.

---

(١) صحيح: أخرجه أحمد برقم (٢٠١٧٢)، والدارقطني (٣/ ٢٦) برقم (٩٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٠٠) برقم (١١٣٢٥)، وأبو يعلى في مسنده (٣/ ١٤٠) برقم (١٥٧٠) من حديث عم أبي حرة الرقاشي رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، برقم (٧٦٦٢).

(٢) في المخطوط: «فطلبوا».

(٣) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في التسعير برقم (٣٤٥١)، والترمذي برقم (١٣١٤)، وابن ماجه برقم (٢٢٠٠)، وأحمد برقم (١٢١٨١)، والدارمي برقم (٢٥٤٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٩) برقم (١٠٩٢٧) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، انظر مشكاة المصابيح رقم (٢٨٩٤).

(٤) في المخطوط: «مضرًا».

(٥) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢١) بلفظه، وله شواهد بمعناه في الصحيحين، أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر، برقم (٢١٥٠)، ومسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه. . .، برقم (١٥١٥)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: من اشترى مصراة فكرهها، برقم (٣٤٤٣)، والنسائي برقم (٤٤٨٧)، وأحمد برقم (٨٨٧٦)، ومالك برقم (١٣٩١)، والدارقطني (٣/ ٧٥) برقم (٢٨٣)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٤٦) برقم (١٠٦٨٣)، والحميدي في مسنده (٢/ ٤٤٦) برقم (١٠٢٧)، وأبو يعلى في مسنده (١١/ ١٤٤) برقم (٦٢٦٧) من حديث أبي هريرة.

وَيُكرَه خَرْقُ الزِّقِّ الذي فيه خمرٌ لمسلم عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله ولو خُرِقَ يَضْمَنُ وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ لا يُكرَه ولا يَضْمَنُ.

وعلى هذا الخلافِ كسْرُ آلاتِ الملاهي من البرْبَطِ والعودِ والزّمّارةِ [ونحوِها] [١] والمسألةُ تُعْرَفُ في كِتاب البُيوعِ.

رجلٌ ابتَلَعَ دُرّةَ [من] [٢] رجلٍ فمات المُبْتَلِعُ فإنْ ترك مالاً كانت قيمةُ الدُّرّةِ في تَرِكَتِه وإنْ لم يَتْرُك مالاً لا يُشَقُّ بَطْنُه لأنّ الشّقّ حَرامٌ وحُرْمةُ النّفسِ أعظَمُ من حُرْمةِ المالِ وعليه قيمةُ الدُّرّةِ لأنّه استَهْلَكَها وهي ليستْ من ذَواتِ الأمثالِ فكانت [٤/ ٤٨أ] مَضْمونةً بالقيمةِ فإنْ ظَهَرَ له مالٌ في الدُّنْيا قضَى منه وإلاّ فهو مأخوذٌ به في الآخِرةِ.

حامِلٌ ماتتْ فاضطرَبَ في بَطْنِها ولدٌ فإنْ كان في أكبرِ الرّأيِ أنّه حَيٌّ يُشَقُّ بطْنُها؛ لأنّا ابتُلينا ببَلِيّتَيْنِ فنَخْتارُ أهونَهما وشَقُّ بَطْنِ الأُمِّ الميّتةِ أهوَنُ من إهْلاكِ الولدِ الحيِّ.

رجلٌ له ورَثةٌ صِغارٌ فأرادَ أنْ يوصيَ، نَظَرَ في ذلك فإنْ كان أكبَرُ رأيِه أنّه تَقَعُ الكِفايةُ لهم بما سِوَى (ثُلُثِ الوصيّةِ) [٣] من المتْروكِ، فالوصيّةُ بالثُّلُثِ أفْضَلُ لأنّ فيه رِعايةَ الجانِبين.

وإنْ كان أكبرُ رأيِه أنّه لا تَقَعُ الكِفايةُ لهم إلاّ بكُلِّ المتْروكِ فالمتْروكُ [٤] لهم أفْضَلُ من الوصيّةِ لما رُوِيَ أنّ سَعْدَ بنَ أبي وقّاصٍ رضي الله عنه سَألَ رسول اللّه ﷺ فقال: بكَم يوصي الرّجُلُ من مالِه؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**بالثُّلُثِ والثُّلُث كثيرٌ؛ لأنْ تَدَعَ ورَثَتَك أغْنياءَ خيرٌ [لَك]** [٥] من أنْ تَدعَهم عالةً يتكفّفونَ النّاسَ» [٦].

رجلٌ رأى رجلاً قَتَلَ أباه وادّعَى القاتِلُ أنّه قَتَلَه بقِصاصٍ أو رِدّةٍ ولم يعلم الابنُ من ذلك شيئًا وسِعَ الابنُ أنْ يقتُلَه؛ لأنّه عايَنَ السّبَبَ الموجِبَ للقِصاصِ في الأصلِ وهو القتلُ العمْدُ لقولِه عليه الصلاة والسلام: «**العمْدُ قَوَدٌ إلّا أنْ يُعْفَى أو يُفادَى**» [٧] والقاتِلُ يَدّعي أمرًا عارِضًا فلا يُسْمَعُ إلاّ بحُجّةٍ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الثلث».
(٤) في المخطوط: «فالترك».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) أخرجه الدارقطني (٣/ ٩٤) برقم (٤٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٤٣٦) برقم (٢٧٧٦٦).

وكذلك [١] إذا أقَرّ بالقتلِ في السِّرِّ ثُمّ ادَّعى أنّه قَتَلَه بقِصاصٍ أو بردّةٍ كان الابنُ في سَعةٍ من قَتْلِه؛ لأنّ الإقرارَ بالقتلِ العمْدِ إقرارٌ بالسّبَب الموجِب للقِصاصِ في الأصلِ على ما بيّنّا ولو لم يُعايِنِ القتلَ ولا أقَرّ به عندَه ولكنْ شَهِدَ عندَه شاهدانِ عَدْلانِ على مُعايَنةِ القتلِ أو على الإقرارِ به لم يَسَعْه قَتْلُه [٢] حتّى يقضيَ القاضي بشهادَتِهما فرقًا بين الإقرارِ وبين الشّهادةِ.

ووَجه الفرقِ بينهما ظاهر: لأنّ الشّهادةَ ليستْ بحُجّةٍ بنفسِها بل بقضاءِ القاضي لما فيها [٣] من تُهْمةِ جَرِّ [٤] النّفعِ فلا تَندَفِعُ التُّهْمةُ إلاّ بقضاءِ القاضي.

فأمّا الإقرارُ فحُجّةٌ بنفسِه إذِ الإنسانُ غيرُ مُتّهَم في الإقرارِ على نفسِه فهو الفرقُ وكذلك يَحِلُّ لمَنْ عايَنَ القتلَ أو سَمِعَ إقرارَه به أنْ يُعينَ الوليّ على قَتْلِه؛ لأنّه إعانةٌ لصاحِب الحقّ على استيفاءِ حقِّه ظاهرًا.

ولو شَهِدَ عندَ الابنِ اثنانِ بما يَدّعيه القاتِلُ مِمّا يَحِلُّ دَمُه من القتلِ والرِّدّةِ فإنْ كانا مِمّنْ يقضي القاضي بشهادَتِهما [لو شَهِدا عندَه لا يَنْبَغي للابنِ أنْ يُعَجِّلَ بالقتلِ لجَوازِ أنْ يَتّصِلَ القضاءُ بشهادَتِهما] [٥] فيتبيّنُ أنّه قَتَلَه بغيرِ حقٍّ والامتِناعُ عن المُباحِ أولى من ارْتِكاب المحظورِ، وإنْ كانا مِمّنْ لا يقضي القاضي بشهادَتِهما لو شَهِدا عندَه كالمحدودينَ في القذْفِ والنّساءُ وحْدَهُنّ كان في سَعةٍ من قَتْلِه لما ذَكَرْنا أنّ الشّهادةَ ليستْ بحُجّةٍ بنفسِها بل بقضاءِ القاضي فإنْ كانت مِمّنْ [٦] لا يَتّصِلُ بها القضاءُ كان وجودُها وعَدَمُها بمنزلةٍ واحدةٍ ولكنْ [٧] مع هذا إنْ تَوَقّفَ [٨] في ذلك فهو أفْضَلُ لاحتمالِ اتِّصالِ القضاءِ به في الجملةِ أو لاحتمالِ أنْ يكونَ صِدْقًا حقيقةً عندَ اللّه عَزّ وجَلّ.

ولو شَهِدَ عندَه رجلٌ واحدٌ عَدْلٌ غيرُ محدودٍ في القذْفِ يَنْبَغي أنْ يتوَقّفَ في القتلِ لجَوازِ أنْ يَنْضَمّ إليه شاهدٌ آخَرُ ولهذا لو شَهِدَ عندَ القاضي لَتَوَقّفَ أيضًا فكان الانتِظارُ أفْضَلَ ولو لم يَنْتَظِرْ واستعجَلَ في قَتْلِه كان في سَعةٍ منه لأنّ الموجودَ أحدُ شَطْرَيِ الشّهادةِ وأنّه لا يُعْتَبَرُ بدونِ الشّطْرِ الآخَرِ.

---

(١) في المخطوط: «وكذا».
(٢) في المخطوط: «أن يقتله».
(٣) في المخطوط: «فيه».
(٤) في المخطوط: «بيع».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «مما».
(٧) في المخطوط: «ويمكن».
(٨) في المخطوط: «يتوقف».

وَلو عايَنَ الوارِثُ رجلاً أخذ مالاً من أبيه [(١)] أو أقَرّ عندَه أنّه أخذ مالاً من أبيه وادّعَى أنّه كان وديعةً له عندَ أبيه أو كان دَيْنًا له عليه اقْتَضاه منه وسِعَه أنْ يأخُذَه منه؛ لأنّه لَمّا عايَنَ أخذَ المالِ منه فقد عايَنَ السّبَبَ الموجِبَ للضّمانِ في الأصلِ وهو الأخذُ لأنّ الأخذَ في الأصلِ سببٌ لوجوب ضَمانِ المأخوذِ وهو رَدُّ عَيْنِه إنْ كان قائمًا ورَدُّ بَدَلِه إنْ كان هالِكًا لقولِه عليه الصلاة والسلام: «على اليدِ ما أخذتْ حتّى تَرُدّه» [(٢)] ودَعْوَى الإيداعِ والدّيْنِ أمرٌ عارِضٌ فلا يُسْمَعُ إلاّ بحُجّةٍ وله أنْ يأخُذَ منه.

ولو امتَنَعَ عن الدّفْعِ يُقاتِلُه عليه لقولِه عليه الصلاة والسلام: «قاتِلْ دونَ مالِكَ» [(٣)] وكذا إذا أقَرّ بذلك لأنه أقَرّ بالسّبَبِ الموجِب للضّمانِ على ما بيّنّا فلَه أنْ يأخُذَ منه.

وكذلك يَسَعُ لمَنْ عايَنَ ذلك أو سَمِعَ إقرارَه أنْ يُعينَه على الأخذِ [منه] [(٤)] لكَوْنِه إعانةً على استيفاءِ الحقِّ ظاهرًا ولو لم يُعايِن ذلك ولا أقَرّ به عندَه ولكنْ شَهِدَ شاهدانِ عَدْلانِ عندَه أنّ هذا الشّيءَ الذي في يَدِ [(٥)] فُلانٍ ملكُ [(٦)] ورِثْتِه [٢/ ٤٨ب] عن أبيك لا يَسَعُه أخذُه منه حتّى يقضيَ القاضي بخلافِ الإقرارِ وقد مَرّ الفرقُ بينهما في فصلِ القتلِ واللّه عَزّ وجَلّ أعلَمُ.

[هذا الذي ذكرنا بيان النوع الذي ثبت حرمته في حق الرجال والنساء جميعًا] [(٧)] وأمّا الذي ثَبَتَ حُرْمَتُه في حقِّ الرِّجالِ دونَ النِّساءِ فثلاثةُ أنواعٍ:

منها: لُبْسُ الحريرِ المُصْمَتُ من [(٨)] الدّيباجِ والقزِّ لما رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ خرج وبإحدَى يَدَيْه حَريرٌ وبالأُخرى ذَهَبٌ، فقال: «هذانِ حَرامانِ على ذُكورِ أُمّتي حِلٌ لإناثِها» [(٩)].

ورُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ أعطَى سَيِّدَنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنه حُلّةً فقال: يا رسول اللّه كسَوْتَني حُلّةً وقد قُلْت في حُلّةِ عُطارِدٍ: «إنما يَلْبَسُه مَنْ لا خَلاقَ له في الآخِرةِ»،

---

(١) في المخطوط: «ابنه».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٠/ ٣١٣) برقم (٧٤٦)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٤٩).
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يدي».
(٦) في المخطوط: «ملكك».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «و».
(٩) أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٢٢) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

فقال رسولُ اللّه ﷺ: «إنّي لم أكسِكها لتَلبَسَها» (١) وفي رِوايةٍ: «إنّما أعطَيتُك لتَكسوَ بعضَ نسائك».

فإن قِيل: أليس [أنه] (٢) رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ خرج وعليه قَباءٌ من ديباجٍ؟ قِيلَ: نَعَم، ثُمّ نُسِخَ لما رُوِيَ عن أنَسٍ رضي الله عنه أنّه قال: لَبِسَ رسولُ اللّه ﷺ جُبّةً حَريرًا أهداها له أُكَيْدِرُ دومةَ وذلك قبل أنْ يَنهى عنه، كذا قال أنَسٌ (٣) وهذا في غيرِ حالِ (٤) الحرْب.

وأمّا في حالِ الحرْب فكذلك عندَ أبي حنيفةَ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: لا يُكرَه لُبْسُ الحريرِ في حالِ الحرْب.

وجه قولِهما: أنّ في لُبْسِ الحريرِ في حالِ الحرْب ضَرورةً؛ لأنّه يَحْتاجُ إلى دَفْعِ ضَرَرِ السِّلاحِ عنه والحريرُ أدفَعُ له وأهيَبُ للعَدوِّ وأيضًا فرُخِّصَ للضّرورةِ.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه إطلاقُ التّحريمِ الذي رَوَيْنا من غيرِ فصلٍ بين حالِ الحرْب وغيرِها. وما ذَكَراه (٥) من الضّرورةِ يَنْدَفِعُ بلُبْسِ ما لُحمَتُه حَريرٌ وسَداه غيرُ حَريرٍ لأنّ دَفْعَ ضَرَرِ السِّلاحِ وتَهَيُّبَ العدوِّ يَحْصُلُ به فلا ضَرورةَ إلى لُبْسِ الحريرِ الخالِصِ فلا تَسْقُطُ الحُرْمةُ من غيرِ ضَرورةٍ ولا فرقَ بين الكبيرِ والصّغيرِ في الحُرْمةِ بعدَ أنْ كان ذَكَرًا لأنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام أدارَ هذا الحُكمَ على الذُّكورةِ بقولِه عليه الصلاة والسلام: «هذانِ حَرامانِ على ذُكورِ أُمّتي» (٦) إلاّ أنّ اللاّبسَ إذا كان صَغيرًا فالإثمُ على مَنْ ألبَسَه لا عليه؛ لأنّه

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الجمعة، باب: يلبس أحسن ما يجد برقم (٨٨٦)، ومسلم، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال، برقم (٢٠٦٨)، وأبو داود، كتاب: اللباس، باب: ما جاء في لبس الحرير، برقم (٤٠٤٠)، والنسائي، برقم (١٣٨٢)، وأحمد، برقم (٥٧٦٣)، ومالك، برقم (١٧٠٥)، وابن حبان (١٢/ ٢٥٥)، برقم (٥٤٣٩)، والبيهقي في الكبرى (٢/ ٤٢١)، برقم (٤٠٠١)، والحميدي في مسنده (٢/ ٢٩٩)، برقم (٦٧٩) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال، برقم (٢٠٧١) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٤) في المخطوط: «حالة».

(٥) في المخطوط: «ذكرنا».

(٦) أورده ابن حجر في «الدراية»، (٢/ ٢١٩).

ليس من أهلِ التّحريمِ عليه كما إذا سُقيَ خمرًا فشربَها كان الإثمُ على السّاقي لا عليه كذا ههنا.

هذا إذا كان كُلُّه حَريرًا وهو المُصْمَتُ فإنْ كانت لُحمَتُه حَريرًا وسَداه غيرُ حَريرٍ لا يُكرَه لُبْسُه في حالِ الحرْب بالإجماعِ لما ذَكَرْنا من ضَرورةِ دَفْعِ مَضَرّةِ [1] السّلاحِ وتَهَيُّب العدوِّ.

فأمّا في غيرِ حالِ الحرْب فمَكروهٌ لانعِدامِ الضّرورةِ وإنْ كان سَداه حَريرًا ولُحمَتُه غيرُ حَريرٍ لا يُكرَه في حالِ الحرْب وغيرِها وههنا نُكتَتانِ:

إحداهما: أنّ الثّوبَ يصيرُ ثَوْبًا للّحمةِ؛ لأنّه إنّما يصيرُ ثَوْبًا بالنّسْجِ. والنّسْجُ تَرْكيبُ اللُّحمةِ بالسّدَى فكانتِ اللُّحمةُ كالوصفِ الأخيرِ فيُضافُ الحُكمُ إليه وهذه النُّكتةُ تقتَضي إباحةَ لُبْسِ الثّياب العتّابيِّ.

والنُّكتةُ الثانيةُ: وهي نُكتةُ الشّيخِ أبي مَنصورٍ أنّ السّدَى إذا كان حَريرًا واللُّحمةُ غيرُ حَريرٍ يصيرُ السّدَى مستورًا باللُّحمةِ فأشبَهَ الحشْوَ [2] وهذه النُّكتةُ تقتَضي أنْ لا يُباحَ لُبْسُ العتّابيِّ لأنّ سَداه ظاهرٌ غيرُ مستورٍ.

والصّحيحُ هو النُّكتةُ الأولى؛ لأنّ رِوايةَ الإباحةِ في لُبْسِ مُطْلَقِ ثَوْبٍ سَداه حَريرٌ ولُحمَتُه غيرُ حَريرٍ مَنصوصةٌ فتَجْري على إطلاقِها فلا تُناسِبُها إلاّ النُّكتةُ الأولى ولو جعل حَشْوَ القباءِ حَريرًا أو قَزًّا لا يُكرَه لأنّه مستورٌ بالظِّهارةِ فلم يَحْصُلْ معنى التّزَيُّنِ والتّنَعُّمِ.

ألا ترى أنّ لابسَ هذا الثّوب لا يُسَمّى لابسَ الحريرِ والقزِّ ولو جعل الحريرَ بطانةً يُكرَه لأنّه لابسُ الحريرِ حقيقةً وكذا معنى التّنَعُّمِ حاصِلٌ (للتّزَيُّنِ بالحريرِ) [3] ولُطْفِه، هذا إذا كان الحريرُ كثيرًا، فإنْ [4] كان قَليلاً كأعلامِ الثّياب والعمائمِ قدرَ أربعةِ أصابعَ فما دونَها لا يُكرَه وكذا العلَمُ المنسوجُ بالذّهَب لأنّه تابعٌ والعِبْرةُ للمَتبوعِ.

ألا تَرَى أنّ لابسَه لا يُسَمّى لابسَ الحريرِ والذّهَب وكذا جَرَتِ العادةُ بتَعَمُّمِ العمائمِ ولُبْسِ الثّياب المُعَلّمةِ بهذا القدرِ في سائرِ الأعصارِ من غيرِ نَكيرٍ فيكونُ إجماعًا وكذا

---

(١) في المخطوط: «مصرة».

(٢) في المخطوط: «الخز».

(٣) في المخطوط: «للين الحرير».

(٤) في المخطوط: «فأما إذا».

الثّوبُ والقلَنْسوةُ الذي جُعِلَ على أطْرافِها حَريرٌ لا يُكرَه إذا كان قدرَ أربعةِ أصابعَ فما دونَها لما قُلْنا.

ورُوِيَ أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام أنه لَبسَ فروةً وعلى أطْرافِها حَريرٌ (١).

وعن محمّدٍ أنّه لا يَسَعُ ذلك في القلَنْسوةِ وإنْ كان أقلّ من أربعةِ أصابعَ [٤/ ٤٩أ] وإنّما رَخّصَ أبو حنيفةَ رضي الله عنه إذا كان في عَرْضِ الثّوب.

وذَكَرَ في نَوادِرِ هِشامٍ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه يُكرَه تِكّةُ الدّيباجِ والإبْرَيْسَمِ لأنّه استعمالُ الحريرِ مقصودًا لا بطريقِ التّبَعيّةِ فيُكرَه وإنْ قَلّ بخلافِ العلَمِ ونحوِه هذا الذي ذَكَرْنا حُكمُ لُبْسِ الحريرِ.

فأمّا حُكمُ التّوَسُّدِ به والجُلوسِ والنّومِ عليه فغيرُ مَكروهٍ عندَ أبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ.

وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ مَكروهٌ.

لهما: إطلاقُ التّحريمِ الذي رَوَيْنا من غيرِ فصلٍ بين اللُّبْسِ وغيرِه ولأنّ معنى التّزَيُّنِ والتّنَعُّمِ كما يَحْصُلُ باللُّبْسِ يَحْصُلُ بالتّوَسُّدِ والجُلوسِ والنّومِ.

ولأبي حنيفةَ [ما رُوِيَ] (٢) أنّه كان على بساطِ عبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما مُرْفَقةٌ من حَريرٍ.

ورُوِيَ أنّ أنَسًا رضي الله عنه حَضَرَ وليمةً فجَلَسَ على وِسادةِ حَريرٍ عليها طُيورٌ فدَلّ فعلُه رضي الله عنه على رُخْصةِ الجُلوسِ على الحريرِ وعلى الوِسادةِ الصّغيرةِ التي عليها صورةٌ وبه تَبيّنَ أنّ المُرادَ من التّحريمِ في الحديثِ تَحْريمُ اللُّبْسِ فيكونُ فعلُ الصّحابيّ مُبيّنًا لقولِ النّبيّ عليه الصلاة والسلام لا مُخالِفًا له.

والقياسُ باللُّبْسِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ التّزَيُّنَ بهذه الجِهاتِ دونَ التّزَيُّنِ باللُّبْسِ لأنّه استعمالٌ فيه إهانةُ المُسْتعمِلِ بخلافِ اللُّبْسِ فيَبْطُلُ الاستِدْلال به.

وأمّا المرأةُ فيَحِلُّ لها لُبْسُ الحريرِ المُصْمَتِ والدّيباجُ والقزُّ؛ لأنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام أحلّ هذا (٣) للإناثِ بقولِه عليه الصلاة والسلام: «حَلّ لإناثِها» (٤).

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «ذلك».

(٤) سبق تخريجه.

ومنها: الذّهَبُ لأنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام جَمع بين الذّهَب وبين الحريرِ في التّحريمِ على الذُّكورِ بقولِه عليه الصلاة والسلام: «هذانِ حَرامانِ على ذُكورِ أُمّتي» (١) فيُكرَه للرّجُلِ التّزيُّنُ بالذّهَب كالتّختُّمِ ونحوِه ولا يُكرَه للمرأةِ لقولِه عليه الصلاة والسلام: «حِلٌّ لإناثِها» (٢).

ورُوِيَ عن النُّعْمانِ بنِ بَشيرٍ رضي الله عنه أنّه قال: اتّخَذْت خاتَمًا من ذَهَبٍ فدخلت على سَيِّدِنا رسولِ اللّه ﷺ فقال: «مالَك اتّخَذت حُليّ أهلِ الجنّةِ قبل أن تدخلَها؟» فرَمَيْت ذلك واتّخَذْت خاتَمًا من حَديدٍ فدخلت عليه، فقال: «مالَك اتّخذتَ حُليّ أهلِ النارِ؟» فاتّخَذْت خاتَمًا من نُحاسٍ فدخلت عليه، فقال: «إنّي أجِدُ منك ريحَ الأصنامِ»، فقُلْت: كيْفَ أصنَعُ يا رسول اللّه؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «اتّخِذْه من الورِقِ ولا تَزِدْ على المِثْقالِ» (٣).

والأصلُ أنّ استعمالَ الذّهَب فيما يرجعُ إلى التّزيُّنِ مَكروهٌ في حقّ الرّجُلِ دونَ المرأةِ لما قُلْنا واستعمالُه فيما تَرْجِعُ مَنْفَعَتُه إلى البدَنِ مَكروهٌ في حقّ الرّجُلِ والمرأةِ جميعًا حتّى يُكرَهَ الأكلُ والشُّرْبُ والادّهانُ والتّطَيُّبُ من مَجامِرِ الذّهَب للرّجُلِ والمرأةِ لقولِ النّبيّ عليه الصلاة والسلام: «إنّ الذي يشربُ من آنيةِ الفِضّةِ إنّما يُجَرْجِرُ في بَطْنِه نارَ جَهَنّمَ» (٤) ومعلومٌ أنّ الذّهَبَ أشَدُّ حُرْمةً من الفِضّةِ.

ألا ترى أنّه رَخّصَ عليه الصلاة والسلام التّختُّمَ بالفِضّةِ للرِّجالِ (٥) ولا رُخْصةَ في

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الخاتم، باب: ما جاء في خاتم الحديد، برقم (٤٢٢٣)، والترمذي، برقم (١٧٨٥)، والنسائي، برقم (٥١٩٥)، وابن حبان (١٢/ ٣٠٠)، برقم (٥٤٨٨)، والبيهقي في الشعب (٥/ ١٩٩)، برقم (٦٣٥٠) من حديث بريدة رضي الله عنه، انظر ضعيف سنن أبي داود.
(٤) أخرجه البخاري، كتاب: الأشربة، باب: آنية الفضة، برقم (٥٦٣٤)، ومسلم، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم استعمال أواني الذهب والفضة في الشرب، برقم (٢٠٦٥)، وابن ماجه، برقم (٣٤١٣)، وأحمد، برقم (٢٦٠٢٨)، ومالك، برقم (١٧١٧)، والدارمي، برقم (٢١٢٩)، وابن حبان (١٢/ ١٦٠)، برقم (٥٣٤١)، والبيهقي في الكبرى (١/ ٢٧)، برقم (٩٨)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٩٥)، برقم (٦٨٧٢)، والطبراني في الأوسط (٤/ ١١٥)، برقم (٣٧٥٣)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٢٣)، برقم (١٦٠١)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٤٤٣)، برقم (٣٠٢٤) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.
(٥) في المخطوط: «للرجل».

الذّهَب أصلاً فكان النّصُّ الوارِدُ في الفِضّةِ وارِدًا في الذّهَب دَلالةً من طريقِ الأولى كتَحْريم التّأفيفِ مع تَحْريمِ الضّرْب والشّتْمِ وكذلك الاكتِحالُ بمُكحُلةِ الذّهَب [١] أو بميلٍ [٢] من ذَهَبٍ مَكروهٌ للرّجُلِ والمرأةِ جميعًا لأنّ مَنْفَعَتَه عائدةٌ إلى البدَنِ فأشبَهَ الأكلَ والشُّرْبَ.

وأمّا الإناءُ المُضَبّبُ بالذّهَب فلا بَأسَ بالأكلِ والشُّرْب فيه عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه وهو قولُ محمّدٍ ذَكَرَه في الموَطّإِ وعندَ أبي يوسُفَ: يُكرَه.

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ: أنّ استعمالَ الذّهَب حَرامٌ بالنّصّ وقد حَصَلَ باستعمالِ الإناءِ فيُكرَه، وَجْهُ قولِهما: أنّ هذا القدرَ من الذّهَب الذي عليه هو تابعٌ له والعِبْرةُ للمَتْبوعِ دونَ التّابعِ كالثّوب المُعَلّمِ والجُبّةِ المكفوفةِ بالحريرِ وعلى هذا الخلافِ الجُلوسُ على السّريرِ المُضَبّب والكُرْسيِّ والسّرْجِ واللِّجامِ والرّكاب والثُّفْرِ [٣] المُضَبّبةِ وكذا المُصْحَفُ المُضَبّبُ على هذا الخلافِ وكذا حَلْقَةُ [٤] المرأةِ إذا كانت من الذّهَب ولُبْسُ ثَوْبٍ فيه كِتابةٌ بذَهَبٍ على هذا الاختلافِ.

وأمّا السّيْفُ المُضَبّبُ والسّكّينُ فلا بَأسَ [به] [٥] بالإجماعِ وكذلك المنطَقةُ المُضَبّبةُ لوُرودِ الآثارِ بالرُّخْصةِ بذلك في السّلاحِ ولا بَأسَ بشَدِّ الفصِّ بمسمارِ الذّهَب لأنّه تبَعٌ للفَصِّ والعِبْرةُ للأصلِ [٦] دونَ التّبَعِ كالعلَمِ للثّوب ونحوِه.

وأمّا شَدُّ السِّنِّ المُتَحَرِّكِ [٧] بالذّهَب، فقد ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّه يجوزُ، ولم يَذْكُرْ خلافًا وذَكَرَ في الجامِعِ الصّغيرِ أنّه يُكرَه عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ محمّدٍ رحمهما الله لا يُكرَه.

ولو شَدّها بالفِضّةِ لا يُكرَه بالإجماعِ وكذا لو جُدِعَ أنْفُه فاتّخذ أنْفًا من ذَهَبٍ لا يُكرَه بالاتّفاقِ [٤/ ٤٩ب] لأنّ الأنفَ يَنْتُنُ بالفِضّةِ فلا بُدّ من اتّخاذِه من ذَهَبٍ [٨] فكان فيه ضَرورةٌ فسَقَطَ اعتِبارُ حُرْمَتِه.

---

(١) في المخطوط: «من ذهب».
(٢) في المخطوط: «ميل».
(٣) الثفر: سير في مؤخر السرج ونحوه، يشد على عجز الدابة تحت ذنبها. انظر: المعجم الوجيز (٨٤).
(٤) في المخطوط: «حلة».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «للمتبوع».
(٧) في المخطوط: «المتحركة».
(٨) في المخطوط: «الذهب».

وقد رُوِيَ أنّ عَرْفَجةَ أُصيبَ أنفُه يومَ الكُلاب فاتّخذ أنفًا من ورِقٍ فأنتَنَ، فأمره سَيِّدُنا رسولُ اللّه ﷺ أنْ يَتّخِذَ أنفًا من ذَهَبٍ [1]، وبهذا الحديثِ يَحتَجُّ محمّدٌ على ما ذُكِرَ في الجامِعِ لجَوازِ تَضْبيب السِّنِّ بالذّهَب ولأنّه يُباحُ له أنْ يَشُدّه بالفِضّةِ فكذا بالذّهَب لأنّهما في حُرْمةِ الاستعمالِ على السّواءِ ولأنّه تَبَعٌ للسِّنِّ والتّبَعُ حُكمُه حُكمُ الأصلِ وهذا يوافِقُ أصلَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

وحُجّةُ ما ذَكَرَ أبو حنيفةَ رضي الله عنه في الجامِعِ إطلاقُ التّحريم من غيرِ فصلٍ ولا يُرَخّصُ مُباشرةُ المُحَرّمُ إلاّ لضرورةٍ وهي تَنْدَفِعُ بالأدنى وهو الفِضّةُ فبقيَ الذّهَبُ على أصلِ التّحريمِ والاستِدْلالُ بالفِضّةِ غيرُ سَديدٍ لتَفاوُتٍ بين الحُرْمَتَيْنِ على ما مَرّ.

ولو سَقَطَ سِنُّه يُكرَه أنْ يأخُذَ سِنّ مَيّتٍ فيَشُدُّها مَكان الأولى بالإجماعِ وكذا يُكرَه أنْ يُعيدَ تلك السِّنّ السّاقِطةَ إلى مَكانها عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ رحمهما الله ولكنْ يأخُذُ سِنّ شاةٍ ذَكيّةٍ فيَشُدُّها مَكانها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بَأسَ بسِنّه ويُكرَه سِنُّ غيرِه قال: ولا يُشْبه سِنُّه سِنّ مَيّتٍ استُحْسِنَ ذلك وبينهما عندي فصلٌ ولكنْ لم يَحْضُرْني.

ووَجْه الفصلِ له من وجهَيْنِ:

أحدِهما: أنّ سِنّ نفسِه جزءٌ مُنفَصِلٌ للحالِ عنه لكنّه يُحْتَمَلُ أنْ يصيرَ مُتّصِلاً في الثّاني بأنْ يَلْتَئِمَ فيشتدُّ بنفسِه فيَعودُ إلى حالَتِه الأولى وإعادةُ جزءٍ مُنْفَصِلٍ إلى مَكانِه ليَلْتَئِمَ جائزٌ كما إذا قُطِعَ شيءٌ من عُضْوِه فأعادَه إلى مَكانِه فأمّا سِنُّ غيرِه فلا يحتملُ ذلك.

والثّاني: أنّ استعمالَ جزءٍ مُنْفَصِلٍ عن غيرِه من بَني آدَمَ إهانةٌ بذلك الغيرِ والآدَميُّ بجميعِ أجزائه مُكَرّمٌ ولا إهانةَ في استعمالِ جزءِ نفسِه في الإعادةِ إلى مَكانِه.

وَجْهُ قولِهما: أنّ السِّنّ من الآدَميِّ جزءٌ منه فإذا انفَصَلَ استَحقّ الدّفْنَ ككلِّه والإعادةُ صَرْفٌ له عن جِهةِ الاستِحْقاقِ فلا تجوزُ وهذا لا يوجِبُ الفصلَ بين سِنِّه وسِنِّ غيرِه.

ومنها: الفِضّةُ لأنّ النّصّ الوارِدَ بتَحْريمِ الذّهَب على الرِّجالِ يكونُ وارِدًا بتَحْريمِ الفِضّةِ

---

(١) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: الخاتم، باب: ما جاء في ربط الأسنان بالذهب، برقم (٤٢٣٢)، والترمذي، (١٧٧٠)، والنسائي، (٥١٦١)، من حديث عرفجة بن أسعد رضي الله عنه، وانظر صحيح سنن أبي داود.

دَلالةً، فيُكرَه للرِّجالِ (١) استعمالُها في جميعِ ما يُكرَه استعمالُ الذّهَب فيه إلاّ التّختُّمَ به إذا ضُرِبَ على صيغةِ ما يَلْبسُه الرِّجالُ ولا يَزيدُ على المِثْقالِ لما رَوَيْنا من حَديثِ النُّعْمانِ بنِ بَشيرٍ رضي الله عنهما وكذا المنطَقةُ وحِلْيةُ السّيْفِ والسِّكّينِ من الفِضّةِ لما مَرّ وما لا يُكرَه استعمالُ الذّهَب فيه لا يُكرَه استعمالُ الفِضّةِ من طريقِ الأولى لأنّها أخَفُّ حُرْمةً من الذّهَب وقد ذَكَرْنا جميعَ ذلك على الاتّفاقِ والاختلافِ فلا نُعيدُه.

وأمّا التّختُّمُ بما سِوَى الذّهَب والفِضّةِ من الحديدِ والنُّحاسِ والصُّفْرِ فمَكروهٌ للرِّجالِ والنِّساءِ جميعًا لأنّه زيُّ أهلِ النّارِ لما رَوَيْنا من الحديثِ.

وأمّا الأواني المُمَوّهةُ بماءِ الذّهَب والفِضّةِ الذي لا يَخْلُصُ منه شيءٌ فلا بَأسَ بالانتِفاعِ بها في الأكلِ والشُّرْب وغيرِ ذلك بالإجماعِ وكذا لا بَأسَ بالانتِفاعِ بالسّرْجِ والرِّكاب والسِّلاحِ والسّريرِ والسّقْفِ المُمَوّه لأنّ التّمْويهَ ليس بشيءٍ ألا يُرَى أنّه لا يَخْلُصُ؟ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ بالصّواب.

* * *

(١) في المخطوط: «للرجل».



كتاب البيوع



كتاب البيوع

الكلامُ في هذا الكِتاب في الأصلِ في مواضِعَ :

في بيانِ رُكنِ البيعِ .

وفي بيانِ شرائطِ الرُّكنِ .

وفي بيانِ [٣/ ٦٤ب] أقسامِ البيعِ .

وفي بيانِ ما يُكرَه من البياعاتِ وما يَتّصِلُ بها .

وفي بيانِ حُكمِ البيعِ .

وفي بيانِ ما يَرْفَعُ حُكمَ البيعِ .

وأمّا رُكنُ البيعِ فهو: مُبادَلةُ شيءٍ مرغوبٍ بشيءٍ مرغوبٍ ، وذلك قد يكونُ بالقولِ ، وقد يكونُ بالفعلِ ، أمّا القولُ فهو المُسَمّى بالإيجاب والقبولِ في عُرْفِ الفقهاءِ والكلامُ في الإيجاب والقبولِ في موضِعَيْنِ :

أحدُهما: في صيغةِ الإيجاب والقبولِ .

والثّاني: في صِفةِ الإيجاب والقبولِ .

أمّا الأوّلُ فنَقولُ وباللّه التّوْفيقُ : الإيجابُ والقبولُ قد يكونُ بصيغةِ الماضي ، وقد يكونُ بصيغةِ الحالِ .

أمّا بصيغةِ الماضي فهو أنْ يقول البائعُ : بعْتُ ويقول المُشْتَري : اشتريْتُ ، فيَتِمّ الرُّكنُ ؛ لأنّ هذه الصّيغةَ وإنْ كانت للماضي وضْعًا ، لكنّها جُعِلَتْ إيجابًا للحالِ في عُرْفِ أهلِ [١] اللُّغةِ والشّرعِ ، والعُرْفُ قاضٍ على الوضْعِ وكذا إذا قال البائعُ : خُذْ هذا الشّيءَ بكذا أو أعطَيْتُكَه بكذا أو هُوَ لَكَ بكذا أو بَذَلْتُكَه بكذا وقال المُشْتَري : قَبلْتُ أو أخَذْتُ أو رَضيتُ

(١) في المخطوط : «فقهاء» .

أو هَوَيْتُ ونحوَ ذلك، فإنّه يَتمُّ الرُّكنُ؛ لأنّ كُلّ واحدٍ من هذه الألفاظِ يُؤَدّي معنى البيع وهو المُبادَلةُ، والعِبْرةُ للمعنى لا للصّورةِ.

وأمّا صيغةُ الحالِ فهي أنْ يقول البائعُ للمُشْتَري: أبيعُ منكَ هذا الشّيءَ بكذا ونَوَى الإيجابَ [فقال المُشْتَري: اشتريْتُ، أو قال المُشْتَري أشتَري منكَ هذا الشّيءَ بكذا ونوى الإيجابَ] [1] وقال البائعُ: أبيعُه منكَ بكذا، وقال المُشْتَري: أشتَريه ونَويا الإيجابَ؛ يَتمُّ الرُّكنُ ويَنْعَقِدُ وإنّما اعتبَرْنا النّيّةَ ههنا وإنْ كانت صيغةُ أفْعَلُ للحالِ هو الصّحيحُ؛ (لأنّه غلَبَ) [2] استعمالُها للاستقبالِ إمّا حقيقةً أو مَجازًا فوَقَعَتِ الحاجةُ إلى التّعْيينِ بالنّيّةِ، ولا يَنْعَقِدُ بصيغةِ الاستِفْهامِ بالاتِّفاقِ بأنْ يقول المُشْتَري للبائعِ: أتَبيعُ مِنّي هذا الشّيءَ بكذا [أو أبعْتَه مِنّي بكذا] [3] فقال البائعُ: بعْتُ، لا يَنْعَقِدُ ما لم يَقُلِ المُشْتَري: اشتريْتُ.

وكذا إذا قال البائعُ للمُشْتَري: اشتَرِ مِنّي هذا الشّيءَ بكذا، فقال: اشتريْتُ، لا يَنْعَقِدُ ما لم يَقُلِ البائعُ: بعْتُ.

وهل يَنْعَقِدُ بصيغةِ الاستقبالِ وهي صيغةُ الأمرِ بأنْ يقول المُشْتَري للبائعِ: بعْ عبدَكَ هذا مِنّي بكذا فيقول البائعُ بعْتُ؟

قال أصحابنا رحمهم الله: ولا [4] يَنْعَقِدُ ما لم يَقُلِ المُشْتَري: اشتريْتُ، وكذا إذا قال البائعُ للمُشْتَري: اشتَرِ مِنّي هذا الشّيءَ بكذا، فقال [المشتري] [5]: اشتريْتُ، لا يَنْعَقِدُ ما لم يَقُلِ البائعُ: بعْتُ عندَنا [6]، وقال الشّافعيُّ رحمه الله: يَنْعَقِدُ [7].

وَجهُ قولِه: أنّ هذه الصّيغةَ تَصْلُحُ شَطْرَ العقدِ في الجملةِ، ألا تَرَى أنّ مَنْ قال لآخَرَ: تزوّجِ ابنَتي، فقال المُخاطَبُ: تزوّجْتُ، أو قال زوِّجِ ابنَتَكَ مِنّي، فقال: زوّجْتُ، يَنْعَقِدُ النّكاحُ، فإذا صَلُحَتْ هذه الصّيغةُ شَطْرًا في النّكاحِ صَلُحَتْ شَطْرًا في البيعِ؛ لأنّ الرُّكنَ في كُلِّ واحدٍ منهما هو الإيجابُ والقبولُ.

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «لأن».
(٣) ما بين المعكوفين مثبت في هامش المخطوطة.
(٤) في المخطوط: «لا».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) انظر في مذهب الحنفية: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٩ - ٣١)، فتح القدير مع الهداية (٦/ ٢٤٩)، البناية مع الهداية (٧/ ٨)، مجمع الأنهر (٢/ ٤)، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٤/ ٩، ١٠).
(٧) مذهب الشافعية: إذا قال المشتري: بعني بألف، فقال: بعتك، فقد صح البيع. انظر: حلية العلماء (٤/ ١٤)، فتح العزيز مع الوجيز (٨/ ٩٧، ١٠١)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٧٨).

ولنا: أنّ قوله: بِعْ أو اشترِ طَلَبُ الإيجاب والقبولِ وطَلَبُ الإيجاب والقبولِ لا يكونُ إيجابًا وقَبولاً، فلم يوجدْ إلاّ أحدُ الشّطرَيْنِ فلا يَتمُّ الرُّكنُ، ولهذا لا يَنْعَقِدُ بلفظِ [(١)] الاستِفْهامِ، لكَوْنِ الاستِفْهامِ سُؤالَ الإيجاب والقبولِ لا إيجابًا وقَبولاً، كذا هذا وهذا هو القياسُ في النّكاحِ إلاّ أنّا استَحْسَنّا في النّكاحِ بنصٍّ خاصٍّ وهو ما رَوَى أبو يوسُفَ أنّ بلالاً رضي الله عنه خَطَبَ إلى قَوْمٍ من الأنصارِ فأبَوْا أنْ يُزوِّجوه فقال: لولا أنّ رسول الله ﷺ أمرني أنْ أخطُبَ إلَيْكُم لم أخطُبْ، فقالوا له: أمْلَكتَ [(٢)]، ولم يُنْقَلْ أنّ بلالاً رضي الله عنه قال: قَبِلْتُ، فتَرَكنا القياسَ هناك بالنّصِّ، ولا نصّ في البيعِ [(٣)]، فوَجَبَ العمَلُ بالقياسِ؛ ولأنّ هذه الصّيغةَ مُساوَمةٌ حقيقةً فلا تكونُ إيجابًا وقَبولاً حقيقةً، بل هي طَلَبُ الإيجاب والقبولِ، فلا بُدّ للإيجاب والقبولِ من لفظٍ؛ آخَرَ يَدُلُّ عليهما.

(ولا يُمْكِنُ) [(٤)] حَمْلُ هذه الصّيغةِ على المُساوَمةِ في باب النّكاحِ؛ لأنّ المُساوَمةَ لا توجَدُ في النّكاحِ عادةً، فحُمِلَتْ على الإيجاب والقبولِ على أنّ الضّرورةَ توجِبُ أنْ يكونَ قولُ القائلِ: زوِّج ابنَتَكَ مِنّي شَطْرَ العقدِ، فلو لم تُجْعَلْ شَطْرَ العقدِ، لَتَضرّرَ [به] [(٥)] الوليُّ لجَوازِ أنْ [(٦)] يُزوِّجَ ولا يقبَلُ المُخاطَبُ [(٧)]، فيَلْحقه الشّينُ، فجُعِلَتْ شَطْرًا لضَرورةِ دَفْعِ الضّررِ عن الأولياءِ، وهذا المعنى في باب البيعِ مُنْعَدِمٌ فبقيَتْ سُؤالاً فلا يَتمُّ به الرُّكنُ ما لم يوجدِ الشّطْرُ الآخَرُ.

وأمّا صِفةُ الإيجاب والقبولِ: فهو أنّ أحدَهما لا يكونُ لازِمًا قبل وجودِ الآخَرِ، فأحدُ الشّطْرَيْنِ بعدَ وجودِه لا يَلْزَمُ قبل وجودِ الشّطْرِ الآخَرِ حتّى إذا وُجِدَ أحدُ الشّطْرَيْنِ من أحدِ المُتَبايِعَيْنِ [(٨)]، فللآخَرِ خيارُ القبولِ، وله خيارُ الرُّجوعِ قبل قَبولِ الآخَرِ؛ لما رُوِيَ عن أبي هُرَيْرةَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**البيّعانِ بالخيارِ ما لم يَفْتَرِقا عن** [٣/ ١٦٥أ] **بيعِهما**» [(٩)]، والخيارُ الثّابتُ لهما قبل التّفرُّقِ عن بيعِهما هو خيارُ القبولِ، وخيارُ الرُّجوعِ؛

---

(١) في المخطوط: «بلفظة».

(٢) لم أقف عليه

(٣) في المخطوط: «الفرع».

(٤) في المخطوط: «ويمكن».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «أنه».

(٧) في المخطوط: «الخاطب».

(٨) في المخطوط: «المتعاقدين».

(٩) أخرجه أحمد، برقم (٨٠٣٨)، وفي إسناده ابن عتبة ضعفه بعضهم وقالوا: مضطرب الحديث عن ابن أبي كثير، وللحديث شواهد في الصحيحين من حديث حكيم بن حزام وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم.

ولأنّ أحدَ الشّطْرَيْنِ لو لَزِمَ قبل وجودِ الآخَرِ لَكان صاحِبُه مجبورًا على [(١)] ذلك الشّطْرِ، وهذا لا يجوزُ.

وأمّا المُبادَلةُ بالفعلِ: فهي التّعاطي، ويُسَمّى هذا [البيعُ] [(٢)] بيعَ المُراوَضةِ وهذا عندَنا [(٣)].

وقال الشّافعيُّ رحمه الله: لا يجوزُ البيعُ بالتّعاطي؛ لأنّ البيعَ في عُرْفِ الشّرعِ كلامُ إيجابٍ وقَبولٍ، فأمّا التّعاطي فلم يُعْرَفْ في عُرْفِ الشّرعِ بيعًا [(٤)].

وذَكَرَ القُدوريُّ أنّ التّعاطيَ يجوزُ في الأشياءِ الخسيسةِ، ولا يجوزُ في الأشياءِ النّفيسةِ، وروايةُ الجوازِ في الأصلِ مُطْلَقٌ عن هذا التّفصيلِ وهي الصّحيحةُ؛ لأنّ البيعَ في اللُّغةِ والشّرعِ اسمٌ للمُبادَلةِ، وهي مُبادَلةُ شيءٍ مرغوبٍ بشيءٍ مرغوبٍ، وحقيقةُ المُبادَلةِ بالتّعاطي وهو الأخذُ والإعطاءُ، وإنّما قولُ البيعِ والشِّراءِ دَليلٌ عليهما.

والدّليلُ عليه قولُه - عَزّ وجَلّ -: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩]، والتِّجارةُ عِبارةٌ عن جَعْلِ الشّيءِ للغيرِ ببَدَلٍ وهو تَفْسيرُ التّعاطي وقال - سبحانه وتعالى - ﴿أُوْلَـٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ ٱشْتَرَوُاْ ٱلضَّلَـٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَـٰرَتُهُمْ وَمَا كَانُواْ مُهْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٦]، أطْلَقَ - سبحانه وتعالى - اسمَ التِّجارةِ على تَبادُلٍ ليس فيه قبول البيعِ.

وقال اللّه - عَزّ وجَلّ - ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَۚ﴾ [التوبة: ١١١] سَمّى - سبحانه وتعالى - مُبادَلةَ الجنّةِ بالقِتالِ في سبيلِ اللّه - تعالى - اشتِراءً وبيعًا لقوله تعالى في آخرِ الآيةِ: ﴿فَٱسْتَبْشِرُواْ بِبَيْعِكُمُ ٱلَّذِى بَايَعْتُم بِهِۦۚ﴾ [التوبة: ١١١]، وإنْ لم يوجدْ لفظُ [(٥)] البيعِ.

وإذا ثَبَتَ أنّ حقيقةَ المُبادَلةِ بالتّعاطي وهو الأخذُ والإعطاءُ، فهذا يوجدُ في الأشياءِ الخسيسةِ والنّفيسةِ جميعًا، فكان التّعاطي في كُلِّ ذلك بيعًا، فكان جائزًا.

---

(١) في المخطوط: «في». (٢) ليست في المخطوط.
(٣) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٦/ ٢٥٢)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤).
(٤) مذهب الشافعية: أن المعاطاة ليست بيعًا سواء كانت في النفائس أو في المحقرات. انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨، ٣٣٩)، المجموع (٩/ ١٩٠، ١٩١).
(٥) في المخطوط: «لفظة».

فَصْلٌ [في شروط الركن]

وأمّا شرائطُ الرُّكنِ: فلا يُمْكِنُ الوُصولُ إلى معرِفَتِها إلاّ بعدَ معرِفةِ أقسامِ البياعاتِ؛ لأنّ منها ما يَعُمُّ البياعاتِ كُلّها، ومنها ما يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ، فنَقولُ: البيعُ في القِسْمةِ الأولى يَنْقَسِمُ [إلى] [١] قِسْمَيْنِ:

قِسْمٌ [٢] يرجعُ إلى البدَلِ، وقِسْمٌ [٣] يرجعُ إلى الحُكمِ.

أمّا الذي يرجعُ إلى البدَلِ: فيَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ آخرَيْنِ:

أحدُهما: يرجعُ إلى البدَلَيْنِ.

والآخَرُ: يرجعُ إلى أحدِهما وهو الثّمَنُ.

أمّا الأوّلُ: فنَقولُ البيعُ في حقِّ البدَلَيْنِ يَنْقَسِمُ أربعةَ أقسامٍ:

بيعُ العيْنِ بالعيْنِ وهو بيعُ السِّلَعِ بالسِّلَعِ، ويُسَمّى بيعَ المُقايَضةِ.

وبيعُ العيْنِ بالدّيْنِ، وهو بيعُ السِّلَعِ بالأثمانِ المُطْلَقةِ وهي الدّراهمُ والدّنانيرُ وبيعُها بالفُلوسِ النّافِقةِ وبالمكيلِ الموصوفِ في الذِّمّةِ والموزونِ الموصوفِ والعدَديِّ المُتَقارِبِ الموصوفِ.

وبيعُ الدّيْنِ بالعيْنِ وهو السّلَمُ.

وبيعُ الدّيْنِ بالدّيْنِ وهو بيعُ الثّمَنِ المُطْلَقِ بالثّمَنِ المُطْلَقِ وهو الصّرْفُ.

فأمّا الذي يرجعُ إلى أحدِ البدَلَيْنِ وهو الثّمَنُ فيَنْقَسِمُ في حقِّ البدَلِ، وهو الثّمَنُ خمسةَ أقسامٍ:

بيعُ المُساوَمةِ وهو مُبادَلةُ المبيعِ بأيِّ ثَمَنٍ اتُّفِقَ، وبيعُ المُرابَحةِ وهو مُبادَلةُ المبيعِ بمثلِ [الثّمَنِ] [٤] الأوّلِ وزيادةِ رِبْحٍ، وبيعُ التّوْليةِ وهو المُبادَلةُ بمثلِ الثّمَنِ الأوّلِ من غيرِ زيادةٍ ولا نُقْصانٍ، وبيعُ الاشتِراكِ وهو التّوْليةُ، لكنْ في بعضِ المبيعِ ببعضِ الثّمَنِ، وبيعُ الوضيعةِ وهو المُبادَلةُ بمثلِ الثّمَنِ الأوّلِ مع نُقْصانِ شيءٍ منه.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «قسمة».
(٣) في المخطوط: «وقسمة».
(٤) ليست في المخطوط.

(وأمّا القِسْمُ الذي يرجعُ إلى الحُكمِ فنَذْكُرُه) [١] في باب حُكمِ البيعِ، إنْ شاء اللّه تعالى.

إذا عَرَفْتَ أقسامَ البياعاتِ، فنَذْكُرُ شرائطَها، وهي أنواعٌ:

بعضُها شرطُ الانعِقادِ، وبعضُها شرطُ النّفاذِ وهو ما لا يَثْبُتُ الحُكمُ بدونِه، وإنْ كان قد يَنْعَقِدُ التّصَرُّفُ بدونِه وبعضُها شرطُ الصِّحّةِ وهو ما لا صحّةَ له بدونِه، وإنْ كان قد يَنْعَقِدُ ويَنْفُذُ بدونِه، وبعضُها شرطُ اللُّزومِ، وهو ما لا يَلْزَمُ البيعُ بدونِه، وإنْ كان قد يَنْعَقِدُ ويَنْفُذُ [ويصح] [٢] بدونِه.

أمّا شرائطُ الانعِقادِ فأنواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى العاقِدِ، وبعضُها يرجعُ إلى نفسِ العقدِ، وبعضُها يرجعُ إلى مَكانِ العقدِ، وبعضُها يرجعُ إلى المعقودِ عليه.

أمّا الذي يرجعُ إلى العاقِدِ فنوعانِ:

أحدُهما: أنْ يكونَ عاقِلاً، فلا يَنْعَقِدُ بيعُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يعقِلُ؛ لأنّ أهليّةَ المُتَصَرِّفِ [٣] شرطُ انعِقادِ التّصَرُّفِ، والأهليّةُ لا تَثْبُتُ بدونِ العقلِ فلا يَثْبُتُ الانعِقادُ بدونِه، فأمّا البُلوغُ فليس بشرطٍ لانعِقادِ البيعِ عندَنا، حتّى لو باعَ الصّبيُّ العاقِلُ مالَ نفسِه؛ يَنْعَقِدُ عندَنا موقوفًا على إجازةِ وليِّه، وعلى إجازةِ نفسِه بعدَ البُلوغِ [٤]، وعندَ الشّافعيِّ شرطٌ فلا تَنْعَقِدُ تَصَرُّفاتُ الصّبيِّ عندَه أصلا [٥] وكذا ليس بشرطِ النّفاذِ في الجملةِ، حتّى لو تَوَكّلَ عن غيرِه بالبيعِ والشِّراءِ؛ يَنْفُذُ تَصَرُّفُه، وعندَه لا يَنْفُذُ، وهي مسألةُ كِتاب المأذونِ.

وكذا الحُرّيّةُ ليستْ بشرطٍ لانعِقادِ البيعِ ولا [٣/ ٦٥ب] لنَفاذِه حتّى يَنْفُذَ [٦] بيعُ العبدِ

---

(١) في المخطوط: «وأما القسمة التي ترجع إلى الحكم فنذكرها».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «التصرف».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٩٤)، واللباب في شرح الكتاب (٢/ ١٦، ١٧).

(٥) وفي بيان مذهب الشافعية: أن تصرفات الصبي والمجنون لا تنعقد، لا لنفسيهما، ولا لغيرهما وسواء كان الصبي مميزًا أو غير مميز باشر بإذن الولي أو بغير إذنه. انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٤٣، ٣٤٤)، المجموع (٩/ ١٨١، ١٨٢).

(٦) في المخطوط: «ينعقد».

المأذونِ بالإجماعِ، ويَنْعَقِدُ بيعُ العبدِ المحجورِ إذا باعَ مالَ مولاه موقوفًا على إجازَتِه عندَنا.

وكذا الملكُ أو الوِلايةُ ليس بشرطٍ لانعِقادِ البيعِ عندَنا، بل هو شرطُ النّفاذِ حتّى يتوَقّفَ بيعُ الفُضوليِّ.

وعندَه شرطٌ حتّى لا يتوَقّفَ أصلاً، والمسألةُ تأتي في موضِعِها.

وَكذا إسلامُ البائعِ ليس بشرطٍ لانعِقادِ البيعِ ولا لنَفاذِه ولا لصحّتِه بالإجماعِ، فيجوزُ بيعُ الكافرِ وشراؤُه [١].

وقال الشّافعيُّ: إسلامُ المُشْتَري شرطُ جَوازِ شراءِ الرّقيقِ المسلمِ والمُصْحَفِ، حتّى لا يجوزَ ذلك من الكافرِ [٢].

وَجهُ قولِه: أنّ في تَمَلُّكِ الكافرِ المسلمَ إذْلالاً بالمسلمِ، وهذا لا يجوزُ ولهذا يُجْبَرُ على بيعِه عندَكُم.

ولنا عُموماتُ البيعِ من غيرِ فصلٍ بين بيعِ العبدِ المسلمِ من المسلمِ، وبين بيعِه من الكافرِ فهو على العُمومِ، إلاّ حيثُ ما خُصّ بدَليلٍ؛ ولأنّ الثّابتَ للكافرِ بالشّراءِ ليس إلاّ الملكُ في المسلمِ والكافرُ من أهلِ أنْ يَثْبُتَ الملكُ له على المسلمِ، ألا تَرَى أنّ الكافرَ يَرِثُ العبدَ المسلمَ من أبيه؟

وكذا إذا كان له عبدٌ كافرٌ فأسلَمَ بقيَ ملكُه فيه، وهو في الحقيقةِ ملكٌ مُبْتَدَأٌ؛ لأنّ الملكَ عَرَضٌ لا بقاءَ له فدَلّ أنّ الكافرَ من أهلِ ثُبوتِ الملكِ له في المسلمِ.

وقوله: فيه إذْلالٌ بالمسلمِ، قُلْنا: الملكُ عندَنا لا يَظْهَرُ فيما فيه إذْلالٌ بالمسلمِ، فإنّه لا يَظْهَرُ في حقّ الاستخدامِ والوطْءِ والاستمْتاعِ بالجاريةِ المسلمةِ، وإنّما يَظْهَرُ فيما لا ذُلّ فيه من الإعتاقِ والتّدْبيرِ والكِتابةِ والبيعِ، وبه تَبيّنَ أنّ الجبرَ على البيعِ ليس لدَفْعِ الذُّلِّ، إذْ لا ذُلّ على ما بيّنّا، ولكنْ لاحتمالِ وجودِ فعلٍ لا يَحِلُّ ذلك في الإسلامِ لعَداوةِ بين المسلمِ والكافرِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الوسيط في المذهب (٣/ ١٣).

(٢) في بيان مذهب الشافعية: قولان: أحدهما: أنه لا يصح شراء العبد المسلم من الكافر، والثاني: يصح، والأصح المنع. انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٤٦)، (٩/ ٤٣٤).

وإذا جاز شراءُ الذِّمّيِّ العبدَ [١] المسلمَ، فيجوزُ إعتاقُه وتَدْبيرُه واستيلادُه وكِتابَتُه؛ لأنَّ جَوازَ هذه التّصرُّفاتِ مبنيٌّ على الملكِ، وقد وُجِدَ إلاّ أنّه إذا دَبّرَه يَسْعَى العبدُ في قيمَتِه؛ لأنّه لا سبيلَ إلى إبْقائه على ملكِه، ولا سبيلَ إلى الإزالةِ بالبيعِ؛ لأنّه بيعُ المُدَبّرِ؛ وأنّه لا يجوزُ فتَعَيّنَتِ الإزالةُ بالسِّعايةِ.

وكذا إذا كانت أمةً فاستَوْلَدَها؛ (فإنّها تَسْعَى) [٢] في قيمَتِها لما قُلْنا، ويوجعُ الذِّمّيُّ ضَرْبًا لوَطْئِه [٣] المسلمةَ؛ لأنّه حَرامٌ عليه، فيَسْتَحِقُّ التّعْزيرَ، وإذا كاتَبَه لا يعتَرِضُ عليه؛ لأنّه أزالَ يَدَه عنه، حتّى لو عَجزَ ورُدّ في الرِّقِّ يُجْبَرُ على بيعِه.

وكذا [٤] الذِّمّيُّ إذا مَلَكَ شِقْصًا فالحُكمُ في البعضِ كالحُكمِ في الكُلِّ، ولو اشتَراه مسلمٌ من الكافرِ شراءً فاسِدًا؛ فإنّه يُجْبَرُ على الرّدِّ؛ لأنّ رَدّ الفسادِ واجِبٌ حقًّا للشّرعِ، ثُمّ يُجْبَرُ الكافرُ على بيعِه واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

[وكذا] [٥] النُّطْقُ ليس بشرطٍ، لانعِقادِ البيعِ والشِّراءِ ولا لنَفاذِهما وصحّتِهما، فيجوزُ بيعُ الأخرَسِ وشراؤُه إذا كانتِ الإشارةُ مَفْهومةً في ذلك؛ لأنّه إذا كانتِ الإشارةُ مَفْهومةً في ذلك، قامَتِ الإشارةُ [٦] مقامَ عِبارَتِه.

هذا إذا كان الخرَسُ أصليًّا بأنْ وُلِدَ أخرَسَ، فأمّا إذا كان عارِضًا بأنْ طرأ عليه الخرَسُ فلا، إلاّ إذا دامَ به حتّى وقَعَ اليأسُ من كلامِه وصارتِ الإشارةُ مَفْهومةً فيُلْحقُ بالأخرَسِ الأصليِّ.

والثّاني: العدَدُ في العاقِدِ فلا يصْلُحُ الواحدُ عاقِدًا من الجانِبينِ في باب البيعِ إلاّ الأبَ فيما يَبيعُ مالَ نفسِه من ابنِه [٧] الصّغيرِ بمثلِ قيمَتِه أو بما يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً، أو يشتري مالَ الصّغيرِ لنفسِه بذلك عندَ أصحابنا الثّلاثةِ استِحْسانًا، والقياسُ أنْ لا يجوزَ ذلك أصلاً وهو قولُ زُفَرَ رحمه الله.

وجه القياسِ: أنّ الحُقوقَ في باب البيعِ تَرْجِعُ إلى العاقِدِ وللبيعِ حُقوقٌ مُتَضادّةٌ مثلُ [٨] التّسْليم والتّسَلُّم والمُطالَبَةِ، فيُؤَدّي إلى أنْ يكونَ الشّخْصُ الواحدُ في زَمانٍ واحدٍ مُسَلِّمًا

---

(١) في المخطوط: «للعبد».
(٢) في المخطوط: «يسعى».
(٣) في المخطوط: «بوطئه».
(٤) في المخطوط: «وكذلك».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «إشارته».
(٧) في المخطوط: «ولده».
(٨) في المخطوط: «من».

ومُتَسَلِّمًا طالبًا ومُطالَبًا، وهذا مُحالٌ ولهذا لم يَجز أنْ يكونَ الواحدُ وكيلاً من الجانِبين في باب البيعِ لما ذَكَرْنا من الاستِحالةِ، ويصْلُحُ رسولاً من الجانِبين؛ لأنّ الرّسول لا تَلْزَمُه الحُقوقُ، فلا يُؤَدّي إلى الاستِحالةِ.

وكَذا القاضي يتوَلّى العقدَ من الجانِبين؛ لأنّ الحُقوقَ لا تَرْجِعُ إليه فكان بمنزلةِ الرّسولِ وبخلافِ الوكيلِ في باب النّكاحِ؛ لأنّ الحُقوقَ لا تَرْجِعُ إليه فكان سَفيرًا محضًا بمنزلةِ الرّسولِ.

وجه الاستِحسانِ: قولُه - تَبارَكَ وتعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فيملِكُه الأبُ، وكذا البيعُ والشِّراءُ بمثلِ قيمَتِه وبما يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً قد يكونُ قُرْبانًا على وجه الأحْسَنِ بحُكم الحالِ، والظّاهرُ أنّ الأبَ لا يفعلُ ذلك إلاّ في تلك الحالِ؛ لكَمالِ شَفَقَتِه فكان البيعُ والشِّراءُ بذلك قُرْبانًا على وجه الأحْسَنِ.

وقوله: يُؤَدّي إلى الاستِحالةِ قُلْنا [٣/ ٦٦أ]: مَمْنوعٌ، فإنّه (يُجْعَلُ كأنّ) [1] الصّبيّ باعَ أو اشترى بنفسِه، وهو بالِغٌ، فتَعَدّدَ العاقِدُ حُكمًا، فلا يُؤَدّي إلى الاستِحالةِ.

وأمّا الوصيُّ إذا باعَ مالَ نفسِه من الصّغيرِ أو اشترى مالَ الصّغيرِ لنفسِه، فإنْ لم يكنْ فيه نَفْعٌ ظاهرٌ؛ لا يجوزُ بالإجماعِ، وإنْ كان فيه نَفْعٌ ظاهرٌ؛ جاز عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ لا يجوزُ؛ لأنّ القياسَ يأبَى جَوازَه أصلاً من الأب والوصيِّ جميعًا؛ لما ذَكَرْنا من الاستِحالةِ إلاّ أنّ الأبَ لكَمالِ شَفَقَتِه جعل شَخْصَه المُتّحِدَ حقيقةً مُتَعَدِّدًا ذاتًا ورأيًا وعِبارةً، والوصيُّ لا يُساويه في الشّفَقةِ فبقيَ الأمرُ فيه على أصلِ القياسِ.

ولأبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رضي الله عنهما أنّ تَصَرُّفَ الوصيِّ إذا كان فيه نَفْعٌ ظاهرٌ لليَتيمِ قُرْبانُ مالِه على وجه الأحْسَنِ فيملِكُه بالنّصِّ.

قوله: لا يُمْكِنُ إلْحاقُ الوصيِّ بالأب لقُصورِ شَفَقَتِه.

قُلْنا: الوصيُّ له شَبَهانِ: شَبَهٌ بالأب، وشَبَهٌ بالوكيلِ، أمّا شَبَهُه بالوكيلِ فلِكَوْنِه أجنَبيًّا، وشَبَهُه بالأب لكَوْنِه مرضيّ الأب فالظّاهرُ أنّه ما رَضِيَ به إلاّ لوُفورِ شَفَقَتِه على الصّغيرِ فأثْبَتْنا له الوِلايةَ عندَ ظُهورِ النّفعِ عَمَلاً بشَبَه الأب وقَطَعْنا وِلايته عندَ عَدَمِه عَمَلاً بشَبَه الوكيلِ عَمَلاً بالشّبَهَيْنِ بقدرِ الإمكانِ.

---

(١) في المخطوط: «لو كان».

فَصْلٌ [فيما يرجع إلى نفس العقد من الإيجاب والقبول]

وأمّا الذي يرجعُ إلى نفسِ العقدِ: فهو أنْ يكونَ القبولُ موافِقًا للإيجاب، بأنْ يقبَلَ المُشْتَري ما أوجَبَه البائعُ وبما أوجَبَه، فإنْ خالَفَه بأنْ قَبلَ غيرَ ما أوجَبَه أو بعضَ ما أوجَبَه أو بغيرِ ما أوجَبَه أو ببعضِ ما أوجَبَه؛ لا يَنْعَقِدُ من غيرِ إيجابٍ مُبْتَدَإٍ موافِقٍ.

بيانُ هذه الجملةِ: إذا أوجَبَ البيعَ في العبدِ فقَبلَ في الجاريةِ، لا يَنْعَقِدُ، وكذا إذا أوجَبَ في العبدَيْنِ فقَبلَ في أحدِهما بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذَيْنِ العبدَيْنِ بألفِ درهمٍ فقال المُشْتَري: قَبِلْتُ في هذا العبدِ وأشارَ إلى واحدٍ مُعَيّنٍ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ القبول في أحدِهما تَفْريقُ الصّفْقةِ على البائعِ، والصّفْقةُ إذا وقَعَتْ مُجْتَمِعةً من البائعِ لا يملِكُ المُشْتَري تَفْريقَها قبل التّمام؛ لأنّ من عادةِ التُّجّارِ ضَمّ الرّديءِ إلى الجيِّدِ تَرْويجًا للرّديءِ بواسِطةِ الجيِّدِ فلو ثبَتَ للمُشْتَري وِلايةُ التّفريقِ لَقَبلَ في الجيِّدِ دونَ الرّديءِ فيتضَرّرُ به البائعُ، والضّررُ مَنْفيٌّ؛ ولأنّ غَرَضَ التّرْويجِ لا يَحْصُلُ إلاّ بالقبولِ فيهما جميعًا فلا يكونُ راضيًا بالقبولِ في أحدِهما؛ ولأنّ القبول في أحدِهما يكونُ إعراضًا عن الجواب بمنزلةِ القيامِ عن المجلسِ، وكذا [1] لو أوجَبَ البيعَ في كُلِّ العبدِ، فقَبلَ المُشْتَري في نصفِه، لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ البائعَ يتضَرّرُ بالتّفريقِ؛ لأنّه يَلْزَمُه عَيْبُ الشّركةِ، ثُمّ إذا قَبلَ المُشْتَري بعضَ ما أوجَبَه البائعُ؛ كان هذا شراءً مُبْتَدَأً [من البائع] [2]، فإنِ اتّصَلَ به الإيجابُ من البائعِ في المجلسِ فيُنْظَرُ إنْ كان للبعضِ الذي قَبِلَه [3] المُشْتَري حِصّةٌ معلومةٌ من الثّمَنِ جاز، وإلاّ فلا.

بيانُه إذا قال: بعْتُ منكَ هذَيْنِ الكُرّيْنِ بعِشْرينَ درهمًا فقَبلَ المُشْتَري في أحدِهما وأوجَبَ البائعُ؛ جاز؛ لأنّ الثّمَنَ يَنْقَسِمُ على المبيعِ باعتِبارِ الأجزاءِ فيما له مثلٌ، فكان بيعُ الكُرّيْنِ بعِشْرينَ بيعَ كُلِّ كُرٍّ بعشرةٍ لتَماثُلِ قُفْزانِ الكُرّيْنِ.

وكذلك إذا قال: (بعْتُ منكَ) [4] هذَيْنِ العبدَيْنِ بألفِ درهمٍ، فقَبلَ المُشْتَري في أحدِهما، وبيّنَ ثَمَنَه فقال البائعُ: بعْتُ يجوزُ، فأمّا إذا لم يُبيِّنْ ثَمَنَه لا يجوزُ، وإنِ ابتَدَأَ البائعُ الإيجابَ، بخلافِ مسألةِ الكُرّيْنِ وسائرِ الأشياءِ المُتَماثِلةِ، لما ذَكَرْنا أنّ الثّمَنَ في المثليّاتِ يَنْقَسِمُ على المبيعِ باعتِبارِ الأجزاءِ فكان حِصّةُ كُلِّ واحدٍ معلومًا، وفيما لا مثلَ له

(١) في المخطوط: «وكذلك».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «قبل».
(٤) في المخطوط: «بعتك».

لا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ على المبيعِ باعتِبارِ الأجزاءِ لانعِدامِ تَماثُلِ الأجزاءِ وإذا لم يَنْقَسِم بقيَتْ حِصّةُ كُلِّ واحدٍ منهما من الثّمَنِ مجهولةً، وجَهالةُ الثّمَنِ تمنَعُ صحّةَ البيعِ.

هذا إذا لم يُبيِّنِ البائعُ حِصّةَ كُلِّ واحدٍ من العبدَيْنِ بأنْ قال: بِعْتُ منكَ هذَيْنِ العبدَيْنِ بألفِ درهمٍ، فأمّا إذا بيّنَ بأنْ قال: [بعْتُ منكَ] (١) هذَيْنِ العبدَيْنِ هذا بألفٍ، وهذا بخمسِمائةٍ، فقَبلَ المُشْتَري في أحدِهما دونَ الآخرِ؛ جاز البيعُ لانعِدامِ تَفْريقِ الصّفْقةِ من المُشْتَري، بَلِ البائعُ هو الذي فرّقَ الصّفْقةَ حيثُ سَمّى لكُلِّ واحدٍ منهما ثَمنًا على حِدةٍ وعُلِمَ أنّه لا ضَرَرَ له فيه، ولو كان فهو ضَرَرٌ مرضيٌّ به، وأنّه غيرُ مدفوعٍ.

وكذا إذا أوجَبَ البيعَ في شيءٍ بألفٍ فقَبلَ فيه بخمسِمائةٍ لا يَنْعَقِدُ، وكذا لو أوجَبَ بجِنْسِ ثَمَنٍ فقَبلَ بجِنْسٍ آخَرَ، إلاّ إذا رَضِيَ البائعُ به في المجلسِ.

وعلى هذا إذا خاطَبَ البائعُ رجلَيْنِ فقال: بعْتُكُما هذا العبدَ، أو هذَيْنِ العبدَيْنِ، فقَبلَ أحدُهما دونَ الآخرِ، لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّه أضافَ الإيجابَ في العبدَيْنِ [٣/ ٦٦ب] أو عبدٍ واحدٍ إليهما جميعًا فلا يصْلُحُ جَوابُ (٢) أحدِهما جَوابًا للإيجاب، وكذا لو خاطَبَ المُشْتَري رجلَيْنِ فقال: اشتريْتُ منكُما هذا العبدَ بكذا، فأوجَبَ في أحدِهما لم يَنْعَقِدْ لما قُلْنا.

فصل [فيما يرجع إلى مكان العقد]

وأمّا الذي يرجعُ إلى مَكانِ العقدِ فواحدٌ، وهو اتِّحادُ المجلسِ. بأنْ كان الإيجابُ والقبولُ في مجلسٍ واحدٍ، فإنِ اختلف المجلسُ لا يَنْعَقِدْ حتّى لو أوجَبَ أحدُهما البيعَ فقامَ الآخرُ عن المجلسِ قبل القبولِ أو اشتَغَلَ بعَمَلٍ آخرَ يوجِبُ اختلافَ المجلسِ ثُمّ قَبلَ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ القياسَ أنْ لا يتأخّرَ أحدُ الشّطْرَيْنِ عن الآخرِ في المجلسِ؛ لأنّه كما وُجِدَ أحدُهما انعَدَمَ في الثّاني من زَمانِ وجودِه فوُجِدَ الثّاني، والأوّلُ مُنْعَدِمٌ فلا يَنْتَظِمُ الرُّكنُ إلاّ أنّ اعتِبارَ ذلك يُؤَدّي إلى انسِدادِ باب البيوعِ فتَوَقّفَ أحدُ الشّطْرَيْنِ على الآخرِ حُكمًا وجُعِلَ المجلسُ جامِعًا للشّطْرَيْنِ مع تَفرُّقِهما للضّرورةِ، وحقُّ الضّرورةِ يصيرُ مقضيًّا عندَ اتِّحادِ المجلسِ، فإذا اختلف لا يتوَقّفُ، وهذا عندَنا (٣)، وعندَ (٤) الشّافعيِّ رحمه الله:

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «كلام».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٦/ ٢٥٧)، البناية (٧/ ٢١ - ٢٧).
(٤) في المخطوط: «وقال».

الفَوْرُ مع ذلك شرطٌ لا يَنْعَقِدُ الرُّكنُ بدونِه (١).

وَجهُ قولِه: ما ذَكَرْنا أنّ القياسَ أنْ لا يتأخّرَ أحدُ الشّطْرَيْنِ عن الآخرِ، والتّأخيرُ لِمَكانِ الضّرورةِ، وأنّها تَنْدَفِعُ بالفَوْرِ.

ولنا: أنّ في تَرْكِ اعتِبارِ الفَوْرِ ضَرورةً؛ لأنّ القابلَ يَحْتاجُ إلى التّأمُّلِ، ولو اقْتَصَرَ على الفَوْرِ لا يُمْكِنُه التّأمُّلُ، وعلى هذا إذا تَبايَعا وهما يَمْشيانِ أو يَسيرانِ على دابّتَيْنِ أو دابّةٍ واحدةٍ في مَحمِلٍ واحدٍ، فإنْ خرج الإيجابُ والقبولُ منهما مُتّصِلَيْنِ انعَقَدَ، وإنْ كان بينهما فصلٌ وسُكوتٌ وإنْ قَلّ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ المجلسَ تَبَدّلَ بالمشْيِ والسَّيْرِ وإنْ قَلّ.

ألا تَرَى أنّه لو قرأ آيةَ سَجْدةٍ وهو يَمْشي على الأرضِ، أو يَسيرُ على دابّةٍ لا يُصَلّى عليها مِرارًا يَلْزَمُه لكُلِّ قِراءةٍ سَجْدةٌ؛ وكذا لو خَيّرَ امرأتَه وهي تمشي على الأرضِ أو تَسيرُ على دابّةٍ لا يُصَلّى عليها فمَشَتْ أو سارَتْ؛ يَبْطُلُ خيارُها لتَبَدُّلِ المجلسِ وإنِ اختارَتْ نفسَها مُتّصِلًا بتخييرِ الزّوجِ صَحّ اختيارُها؛ لأنّ المجلسَ لم يتبَدّلْ فكذا ههنا، ولو تَبايَعا وهما واقفانِ انعَقَدَ لاتّحادِ المجلسِ ولو أوجَبَ أحدُهما وهما واقفانِ فسارَ الآخرُ قبل القبولِ أو سارا جميعًا ثُمّ قَبلَ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّه لَمّا سارا وسارا فقد تَبَدّلَ المجلسُ قبل القبولِ، فلم يَجْتَمِعِ الشّطْرانِ في مجلسٍ واحدٍ.

ولو وقَفا فخَيّرَ امرأتَه، ثُمّ سارَ الزّوجُ وهي واقفةٌ فالخيارُ في يَدِها، ولو سارَتْ هي والزّوجُ واقفٌ؛ بَطَلَ خيارُها، فالعِبْرةُ لمجلسِها لا لمجلسِ الزّوجِ.

وفي باب البيعِ يُعْتَبَرُ مجلسُهما جميعًا؛ لأنّ التّخْييرَ من قِبَلِ الزّوجِ لازِمٌ.

ألا تَرَى: أنّه لا يملِكُ الرُّجوعَ عنه، فلا يَبْطُلُ بالإعراضِ وأحدُ الشّطْرَيْنِ في باب البيعِ لا يَلْزَمُ قبل قَبولِ الآخرِ، فاحتُمِلَ البُطْلانُ بالإعراضِ.

ولو تَبايَعا وهما في سَفينةٍ؛ يَنْعَقِدُ سَواءٌ كانت واقفةً أو جاريةً، خرج الشّطْرانِ مُتّصِلَيْنِ أو مُنْفَصِلَيْنِ، بخلافِ المشْيِ على الأرضِ والسَّيْرِ على الدّابّةِ؛ لأنّ جَرَيانَ السّفينةِ [بجَرَيانِ الماءِ لا بإجرائه.

---

(١) مذهب الشافعية: أنه يثبت لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس. انظر: حلية العلماء (٤/ ١٥ - ١٩)، الوسيط (٣/ ٩٩)، الروضة (٣/ ٤٣٤).

ألا ترى: أنّ راكِبَ السّفينةِ] (١) لا يملِكُ، وقفَها، فلم يكنْ جَرَيانُها مُضافًا إليه، فلم يختلِفِ المجلسُ فأشبَهَ البيتَ، بخلافِ المشيِ، والسّيْرِ، أمّا المشْيُ فظاهرٌ؛ لأنّه فعَلَه، وكذا سَيْرُ الدّابّةِ مُضافٌ إليه.

ألا ترى: أنّه لو سَيّرَها سارَتْ، ولو وقّفَها وقَفَتْ، فاختلف المجلسُ بسَيْرِها، ولهذا لو كرّرَ آيةَ السّجْدةِ في السّفينةِ، وهي جاريةٌ لا يَلْزَمُه إلاّ سَجْدةٌ، واحدةٌ كما لو كرّرَها في بيتٍ واحدٍ، وكذا لو خَيّرَ امرأتَه في السّفينةِ، وهي جاريةٌ فهي على خيارِها ما لم يوجدْ منها دَليلُ الإعراضِ.

وعلى هذا إذا أوجَبَ أحدُهما البيعَ، والآخَرُ غائبٌ فبَلَغَه فقَبِلَ (٢) لا يَنْعَقِدُ [بأنْ قال: بعْتُ عبدي هذا من فُلانٍ الغائب بكذا فبَلَغَه فقَبِلَ، ولو قَبِلَ عنه قابلٌ يَنْعَقِدُ، والأصلُ في هذا أنّ أحدَ الشّطْرَيْنِ من أحدِ العاقِدَيْنِ في باب البيعِ يتوَقّفُ على الآخَرِ في المجلسِ، ولا يتوَقّفُ على الشّطْرِ الآخَرِ من العاقِدِ الآخَرِ فيما وراءَ المجلسِ بالإجماعِ، إلاّ إذا كان عنه قابلٌ، أو كان بالرّسالةِ أو بالكِتابةِ.

أمّا الرسالة: فهي أنْ يُرْسِلَ رسولاً إلى رجلٍ، ويقول للرّسولِ: إنّي بعْتُ عبدي هذا من فُلانٍ الغائب بكذا، فاذْهَبْ إليه، وقُلْ له: إنّ فُلانًا أرسَلَني إلَيْكَ، وقال لي: قُلْ له: إنّي قد بعْتُ عبدي هذا من فُلانٍ بكذا فذَهَبَ الرّسولُ، وبَلّغَ الرّسالةَ (٣) فقال المُشْتَري في مجلسِه ذلك: قَبِلْتُ، انعَقَدَ البيعُ؛ لأنّ الرّسول سَفيرٌ، ومُعَبِّرٌ عن كلامِ المُرْسِلِ ناقِلٌ كلامَه إلى المُرْسَلِ إليه فكأنّه حَضَرَ بنفسِه فأوجَبَ البيعَ، وقَبِلَ الآخَرُ في المجلسِ.

وأمّا الكِتابة: فهي أنْ يَكتُبَ الرّجُلُ إلى رجلٍ، أمّا بعدُ فقد بعْتُ عبدي فُلانًا منكَ [٣/٦٧أ] بكذا فبَلَغَه الكِتابُ فقال في مجلسِه: اشتريْتُ؛ لأنّ خِطابَ الغائب كِتابُه فكأنّه حَضَرَ بنفسِه، وخاطَبَ بالإيجاب، وقَبِلَ الآخَرُ في المجلسِ، ولو كتَبَ شَطْرَ العقدِ ثُمّ رَجَعَ صَحّ رُجوعُه؛ لأنّ الكِتابَ لا يكونُ فوْقَ الخِطاب، ولو خاطَبَ ثُمّ رَجَعَ قبل قَبولِ الآخَرِ صَحّ رُجوعُه فههنا أولى؛ وكذا لو أرسَلَ رسولاً ثُمّ رَجَعَ؛ لأنّ الخِطابَ بالرّسالةِ لا يكونُ فوْقَ المُشافَهةِ، وذا مُحْتَمِلٌ للرُّجوعِ فههنا أولى.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «فقيل».

(٣) في المخطوط: «الرسول».

وسَواءٌ عَلِمَ الرّسولُ رُجوعَ المُرْسِلِ أو لم يعلم به، بخلافِ ما إذا وكّلَ إنسانًا ثُمّ عَزَلَه بغيرِ علمِه لا يصحُّ عَزْلُه؛ لأنّ الرّسول يَحْكي كلامَ المُرْسِلِ، ويَنْقُلُه إلى المُرْسَلِ إليه فكان سَفيرًا، ومُعَبِّرًا محضًا [(١)]، فلم يُشْتَرَطْ علمُ الرّسولِ بذلك.

فأمّا الوكيلُ فإنّما يتصرّفُ عن تَفْويضِ الموكِّلِ إليه فشُرِطَ علمُه بالعزْلِ صيانةً له عن التّغْزيرِ على ما نَذْكُرُه في كِتاب الوكالةِ.

وكذا هذا في الإجارةِ والكِتابةِ: أنّ اتّحادَ المجلسِ شرطٌ للانعِقادِ، ولا يتوقّفُ أحدُ الشّطْرَيْنِ من أحدِ العاقِدَيْنِ [(٢)] على وجودِ الشّطْرِ الآخَرِ إذا كان غائبًا؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما عقدُ مُعاوَضةٍ إلاّ إذا كان عن الغائب قابلٌ أو بالرّسالةِ أو بالكِتابةِ كما في البيعِ.

وأمّا في النّكاحِ: فهل يتوقّفُ بأنْ يقول رجلٌ للشُّهودِ: اشهَدوا أنّي قد تزوّجْتُ فُلانةَ بكذا، وبَلَغَها فأجازَتْ أو قالتِ امرأةٌ: اشهَدوا أنّي زوّجْتُ نفسي من فُلانٍ بكذا فبَلَغَه فأجاز عندَ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ لا يتوقّفُ أيضًا إلاّ إذا كان عن الغائب قابلٌ، وعندَ أبي يوسُفَ يتوقّفُ، وإنْ لم يقبل عنه أحدٌ.

وكذا الفُضوليُّ من الجانِبينِ؛ بأنْ قال: زوّجْتُ فُلانةَ من فُلانٍ وهما غائبانِ فبَلَغَهما فأجازا لم يَجز عندَهما، وعندَ أبي يوسُفَ يجوزُ، وهذه مسألةُ كِتاب النّكاحِ، والفُضوليُّ من الجانِبينِ في باب البيعِ إذا بَلَغَهما فأجازا لم يَجز بالإجماعِ، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وَأمّا الشّطْرُ في باب الخُلْعِ فمن جانِب الزّوجِ يتوقّفُ بالإجماعِ حتّى لو قال: خالَعْتُ امرأتي الغائبةَ على كذا فبَلَغَها الخبَرُ فقبِلَتْ جاز.

وأمّا من جانِب المرأةِ فلا يتوقّفُ بالإجماعِ، حتّى لو قالت: اختَلَعْتُ من زوجي فُلانٍ الغائب على كذا، فبَلَغَه الخبَرُ فأجاز لم يَجز.

ووَجه الفرقِ: أنّ الخُلْعَ في جانِب الزّوجِ يمينٌ؛ لأنّه تَعليقُ الطّلاقِ بقَبولِ المالِ فكان يمينًا، ولهذا لا يُمْلَكُ الرُّجوعُ عنه، وتَصحُّ فيه الإضافةُ إلى الوقتِ، والتّعليقُ بالشّرطِ بأنْ يقول الزّوجُ: خالَعْتكِ غدًا، وإنْ قَدِمَ فُلانٌ فقد خالَعْتكِ على كذا، وإذا كان يمينًا فغَيْبة

---

(١) في المخطوط: «مخلصًا».

(٢) في المخطوط: «المتعاقدين».

المرأةِ لا تمنعُ صحّةَ اليمينِ كما في التّعليقِ بدُخولِ الدّارِ، وغيرِ ذلك.

وأمّا من جانِب المرأةِ فهو مُعاوَضةٌ، ولهذا لا يصحُّ تَعليقُه بالشّرطِ من جانِبها، ولا تَصحُّ إضافَتُه إلى وقتٍ، وتملِكُ الرُّجوعَ قبل إجازةِ الزّوجِ، وإذا كان مُعاوَضةً فالشّطرُ في المُعاوَضاتِ لا يتوَقّفُ كما في البيعِ وغيرِه.

وَكذا الشّطْرُ في إعتاقِ العبيدِ على مالٍ من جانِب المولى يتوَقّفُ إذا كان العبدُ غائبًا، ومن جانِب العبدِ لا يتوَقّفُ إذا كان المولى غائبًا؛ لأنّه من جانِبه تَعليقُ العتقِ بالشّرطِ، ومن جانِب العبدِ مُعاوَضةٌ.

والأصلُ أنّ في كُلِّ موضِعٍ لا يتوَقّفُ الشّطْرُ على ما وراءِ المجلسِ؛ يصحُّ الرُّجوعُ عنه، ولا يصحُّ تَعليقُه بالشّرطِ، وإضافَتُه إلى الوقتِ كما في البيعِ، والإجارةِ، والكِتابةِ، وفي كُلِّ موضِعٍ يتوَقّفُ الشّطْرُ على ما وراءَ المجلسِ لا يصحُّ الرُّجوعُ عنه، ويصحُّ تَعليقُه بالشّرطِ، وإضافَتُه إلى الوقتِ كما في الخُلْعِ من جانِب الزّوجِ، والإعتاقِ على مالٍ من جانِب المولى، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

فصل [فيما يرجع إلى المعقود عليه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المعقودِ عليه فأنواعٌ:

منها: أنْ يكونَ موجودًا فلا يَنْعَقِدُ بيعُ المعدومِ، وما لَه خَطرُ العدَمِ كبيعِ نِتاجِ النّتاجِ بأنْ قال: بعْتُ ولدَ ولدِ هذه النّاقةِ وكذا بيعُ الحمْلِ؛ لأنّه إنْ باعَ الولدَ فهو بيعُ المعدومِ، وإنْ باعَ الحمْلَ فلَه خَطرُ المعدومِ، وكذا بيعُ اللّبَنِ في الضّرْعِ؛ لأنّه[1] له خَطرٌ لاحتمالِ انتِفاخِ الضّرْعِ، وكذا بيعُ الثّمَرِ والزّرْعِ قبل ظُهورِه؛ لأنّهما معدومٌ، وإنْ كان بعدَ الطُّلوعِ جاز، وإنْ كان قبل بُدوِّ صَلاحِهما إذا لم يُشْتَرَطِ التّرْكُ.

ومن مَشايِخِنا مَن قال: لا يجوزُ إلاّ إذا صار بحالٍ يُنْتَفَعُ به بوَجْهٍ من الوجوه فإنْ كان بحيثُ لا يُنْتَفَعُ به أصلاً لا يَنْعَقِدُ.

واحتَجّوا بما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه نَهَى عن بيعِ الثّمارِ قبل بُدوِّ

---

(١) في المخطوط: «لأن».

صَلاحِها [١]، ولأنّه إذا لم [٣/ ٦٧ب] يَبْدُ صَلاحُها لم تَكُنْ مُنْتَفَعًا بها فلا تكونُ مالاً فلا يجوزُ بيعُها، وهذا خلافُ الرِّوايةِ فإنّ محمّدًا ذَكَرَ في كِتاب الزّكاةِ في باب العُشْرِ أنّه لو باعَ الثِّمارَ في [٢] أوّلِ ما تطلُعُ، وتركها بأمرِ البائعِ حتّى أدرَكَتْ فالعُشْرُ على المُشْتَري، ولو لم يَجز بيعُها حينما طَلَعَتْ لَما وجَبَ عُشْرُها على المُشْتَري.

والدّليلُ على جَوازِ بيعِه ما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «مَنْ باعَ نَخلاً مُؤَبّرةً فثَمَرَتُه للبائعِ إلّا أنْ يشترِطَها المُبْتاعُ» [٣] جَعْلُ الثّمَرةِ للمُشْتَري بالشّرطِ من غيرِ فصلٍ بين ما إذا بَدا صَلاحُها أو لا، دَلّ أنّها مَحَلُّ البيعِ [٤] كيْفَما كان، والمعنى فيه، وهو أنّه باعَ ثَمرةً موجودةً، وهي بعَرَضٍ أنْ تَصيرَ مُنْتَفَعًا بها في الثّاني، وإنْ لم يكنْ مُنْتَفَعًا بها في الحالِ فيجوزُ بيعُها كبيعِ جَرْوِ الكلب على أصلِنا، وبيعِ المهرِ، والجحْشِ، والأرضِ السّبْخةِ، والنّهيُ محمولٌ على بيعِ الثّمارِ مُدْرَكةً قبل إدْراكِها بأنْ باعَها ثَمرًا، وهي بُسْرٌ أو باعَها عِنَبًا، وهي حِصْرِمٌ دَليلُ صِحّةِ هذا التّأويلِ قولُه عليه الصلاة والسلام في سياقِ الحديثِ: «أرأيتَ إنْ مَنَعَ اللّه الثّمَرةَ بمَ يَسْتَحِلُّ أحدُكم مالَ صاحِبه؟» [٥] ولفظةُ المنعِ تقتَضي

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الزكاة، باب: من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه، برقم (٢١٩٤)، ومسلم، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، برقم (١٥٣٤)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، برقم (٣٣٦٧)، وابن ماجه، برقم (٢٢١٤)، وأحمد، برقم (٤٥١١)، ومالك، برقم (١٣٠٣)، والدارمي، برقم (٢٥٥٥)، وابن حبان (١١/ ٣٥٦)، برقم (٤٩٨١)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٠٢)، برقم (١٠٣٩٢)، والطبراني في الكبير (١٢/ ٣٩٦)، برقم (١٣٤٦٣)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٤٩)، برقم (١٨٠٧)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٤٢١)، برقم (٢٨٧٨)، وأبو يعلى في مسنده (٩/ ٤٦٣)، برقم (٥٦١١)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في المخطوط: «من».

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: من باع نخلا قد أبرت أو أرضًا مزروعة أو بإجارة، برقم (٢٢٠٤)، ومسلم، كتاب: البيوع، باب: من باع نخلا عليها تمر، برقم (١٥٤٣)، وابن ماجه، برقم (٢٢١١)، وأحمد، برقم (٤٤٨٨)، ومالك، برقم (١٣٠٢)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٨٨)، برقم (٤٩٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٩٧)، برقم (١٠٣٥٨)، والطبراني في الكبير (١٢/ ٢٨٤)، برقم (١٣١٣٠)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٤٩)، برقم (١٨٠٥)، والحميدي في مسنده (٢/ ٢٧٧)، برقم (٦١٣)، وابن الجعد في مسنده (١/ ٢٣٩)، برقم (١٥٧٩)، وأبو يعلى في مسنده (٩/ ٣٠٨)، برقم (٥٤٢٧)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٤) في المخطوط: «للبيع».

(٥) أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. . .، برقم (٢١٩٩)، ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، برقم (١٥٥٥)، والنسائي، برقم (٤٥٢٦)، ومالك،

أنْ لا يكونَ ما وقَعَ عليه البيعُ موجودًا؛ لأنّ المنعَ مَنْعُ الوجودِ، وما يوجدُ من الزّرْعِ بعضُه بعدَ بعضٍ كالبطّيخِ، والباذِنْجانِ فيجوزُ بيعُ ما ظَهَرَ منه، ولا يجوزُ بيعُ ما لم يَظْهَرْ، وهذا قولُ عامّةِ العلماءِ رضي الله عنهم.

وقال مالكٌ - رحمه الله -: إذا ظَهَرَ فيه الخارجُ الأوّلُ يجوزُ بيعُه؛ لأنّ فيه ضَرورةً؛ لأنّه لا يَظْهَرُ الكُلُّ دَفْعةً واحدةً بل على التّعاقُب بعضُها بعدَ بعضٍ فلو لم يَجز بيعُ الكُلِّ عندَ ظُهورِ البعضِ لَوَقَعَ النّاسُ في الحرَجِ [١].

ولنَا أنّ ما لم يَظْهَرْ منه معدومٌ فلا يحتملُ البيعَ، ودَعْوَى الضّرورةِ والحرَجِ مَمْنوعةٌ فإنّه يُمْكِنُه أنْ يَبيعَ الأصلَ بما فيه من الثّمَرِ، وما يَحْدُثُ منه بعدَ ذلك يكونُ ملكَ المُشْتَري.

وَقد رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ نَهَى عن بيعِ الحبَلِ، وحَبَلِ الحبَلِ [٢]، ورُوِيَ: حَبَلُ الحبَلَةِ، وهي بمعنى الأوّلِ، وإنّما زيادةُ الهاءِ للتّأكيدِ، والمُبالَغةِ، ورُوِيَ حَبَلُ الحبَلَةِ [٣] بحِفْظِ التاء [٤] من الكلِمةِ الأخيرةِ، والحبَلةُ هي الحُبْلى، فكان نَهْيًا عن بيعِ ولدِ الحُبْلى.

وَرُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه نَهَى عن بيعِ اللّبَنِ في الضّرْعِ، وبيعِ عَسْب [٥]

برقم (١٣٠٤)، وابن حبان (١١/ ٣٦٥)، برقم (٤٩٩٠)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٠٠)، برقم (١٠٣٧٣)، والشافعي في مسنده (١/ ١٤٣)، والربيع في مسنده (١/ ٢٢٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(١) **انظر في مذهب الحنفية**: الهداية (٣/ ٩٤٦).

ومذهب الشافعية: لا يجوز بيع الثمرة والزرع قبل بدو صلاحه من غير شرط القطع. انظر: رحمة الأمة (ص ٢٧٨).

ومذهب المالكية: إذا اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها على أن يجذها فالبيع جائز. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١١٩).

(٢) **أخرجه البخاري**، كتاب: البيوع، باب: بيع الغرر وحبل الحلبة، برقم (٢١٤٣)، ومسلم، كتاب البيوع، باب: تحريم بيع حبل الحبلة، برقم (١٥١٤)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في بيع الغرر، برقم (٣٣٨٠)، والترمذي، برقم (١٢٢٩)، والنسائي، برقم (٤٦٢٣)، وابن ماجه، برقم (٢١٩٧)، وأحمد، برقم (٣٩٦)، ومالك، برقم (١٣٥٧)، وابن حبان (١١/ ٣٢١)، برقم (٤٩٤٦)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٤٠)، برقم (١٠٦٤٢)، والطبراني في الأوسط (٨/ ٧٣)، برقم (٧٩٩٩)، والحميدي في مسنده (٢/ ٣٠٣)، برقم (٦٨٩)، وابن الجعد في مسنده (١/ ١٨٦)، برقم (١٢١٢)، وأبو يعلى في مسنده (١٠/ ٢٢)، برقم (٥٦٥٣)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٣) **انظر ما قبله**.

(٤) في المطبوع: «الهاء».

(٥) في المخطوط: «عسيب».

الفحْلِ [(١)]؛ لأنّ عَسْبَ الفحْلِ ضِرابُه، وهو عندَ العقدِ معدومٌ [(٢)].

وقد رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ نَهى عن عَسْبِ الفحْلِ [(٣)]، ولا يُمْكِنُ حَمْلُ النّهيِ على نفسِ العسْب، وهو الضِّرابُ؛ لأنّ ذلك جائزٌ بالإعارةِ فيُحمَلُ على البيعِ، والإجارةِ إلاّ أنّه حَذَفَ ذلك، وأضْمَرَه فيه كما في قوله تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف:٨٢]، وغيرِ ذلك، وَلا يجوزُ بيعُ الدّقيقِ في الحِنْطةِ، والزّيْتِ في الزّيْتونِ، والدُّهْنِ في السِّمْسِمِ، والعصيرِ في العِنَب، والسّمْنِ في اللّبَنِ.

ويجوزُ بيعُ الحِنْطةِ، وسائرِ الحُبوب في سَنابلِها؛ لأنّ بيعَ الدّقيقِ في الحِنْطةِ، والزّيْتِ في الزّيْتونِ، ونحوَ ذلك بيعُ المعدومِ؛ لأنّه لا دَقيقَ في الحِنْطةِ، ولا زيتَ في الزّيْتونِ؛ لأنّ الحِنْطةَ اسمٌ للمُرَكّب والدّقيقَ اسمٌ للمُتَفرِّقِ، فلا دَقيقَ في حالِ كونِه حِنْطةً، ولا زيتَ حالَ كونِه زيتونًا، فكان هذا بيعَ المعدومِ، فلا يَنْعَقِدُ بخلافِ بيعِ الحِنْطةِ في سُنْبُلِها؛ لأنّ ما في السُّنْبُلِ حِنْطةٌ، إذْ هي اسمٌ للمُرَكّب وهي في سُنْبُلِها على تَرْكيبِها فكان بيعَ الموجودِ حتّى لو باعَ تِبنَ الحِنْطةِ في سُنْبُلِها دونَ الحِنْطةِ لا يَنْعقِدُ؛ لأنّه لا يصيرُ تِبنًا إلاّ بالعِلاجِ، وهو الدّقُّ، فلم يكنْ تِبنًا قبله فكان بيعَ المعدومِ، فلا يَنْعَقِدُ، وبخلافِ بيعِ الجِذْعِ في السّقْفِ، والآجُرِّ في الحائطِ، وذِراعٍ من كِرْباسٍ أو ديباجٍ أنّه يَنْعقِدُ حتّى لو نُزِعَ وقُطِعَ، وسُلِّمَ إلى المُشْتَري يُجْبَرُ على الأخذِ، وههنا لا يَنْعَقِدُ أصلاً حتّى لو طَحَنَ أو عَصَرَ، وسَلّمَ لا يُجبر المُشْتَري على القبولِ؛ لأنّ عَدَمَ النّفاذِ هناك ليس لخَلَلٍ في الرُّكنِ، ولا في العاقِدِ، والمعقودِ عليه بل لمَضَرّةٍ تَلْحقُ العاقِدَ بالنّزْعِ والقطْعِ فإذا نَزَعَ، وقَطَعَ فقد زالَ المانِعُ فنَفَذَ أمّا ههنا فالمعقودُ عليه معدومٌ حالةَ العقدِ. ولا يُتَصَوّرُ انعِقادُ العقدِ بدونِه فلم يَنْعَقِدْ أصلاً فلا يحتملُ النّفاذَ فهو الفرقُ.

وكذا بيعُ البزْرِ في البطّيخِ الصّحيحِ؛ لأنّه بمنزلةِ الزّيْتِ في الزّيْتونِ، وبيعُ النّوَى في

---

(١) أولا: النهي عن بيع اللبن في الضرع: انظر مجمع الزوائد للهيثمي (٤/ ١٠٢).
ثانيا: النهي عن عسب الفحل: أخرجه البخاري، كتاب: الإجارة، باب: عسب الفحل، برقم (٢٢٨٤)، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في عسب الفحل، برقم (٣٤٢٩)، والترمذي، برقم (١٢٧٣)، والنسائي، برقم (٤٦٧١)، وأحمد، برقم (٤٦١٦)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٩)، برقم (٢٢٨١)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٣٩)، برقم (١٠٦٣٣)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في المخطوط: «منعدم».

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: الإجارة، باب: عسب الفحل، برقم (٢٢٨٤)، وأبو داود، برقم (٣٤٢٩)، والترمذي، (١٢٧٣)، والنسائي، (٤٦٧١)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

التَّمْرِ، وكذلك بيعُ اللّحمِ في الشّاةِ الحيّةِ؛ لأنّها إنّما تَصيرُ لَحمًا بالذّبْحِ والسّلْخِ فكان بيعَ المعدومِ فلا يَنْعَقِدُ.

وكذا بيعُ الشّحمِ الذي فيها، وأليَتِها وأكارِعِها، ورأسِها لما قُلْنا، وكذا بيعُ [٣/ ٦٨أ] البُحيرِ في السِّمْسِمِ؛ لأنّه إنّما يصيرُ بُحيرًا بعدَ العصْرِ.

وَعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا قال: بعْتُكَ هذا الياقوتَ بكذا فإذا هو زُجاجٌ أو قال: بعْتُكَ هذا الفصّ على أنّه ياقوت بكذا فإذا هو زُجاج أو قال: بعْتُكَ هذا الثّوبَ الهَرَويّ بكذا فإذا هو مرويٌّ، أو قال: بعْتُكَ هذا الثّوبَ على أنّه مرويٌّ فإذا هو هَرَويٌّ لا يَنْعَقِدُ البيعُ في هذه المواضِعِ؛ لأنّ المبيعَ معدومٌ.

والأصلُ في هذا أنّ الإشارةَ مع التّسْميةِ إذا اجتَمعتا في باب البيعِ فيما يصْلُحُ مَحلّ البيع يُنْظَرُ إنْ كان المُشارُ إليه من خلافِ جِنسِ المُسَمّى، فالعِبْرةُ للتّسْميةِ، ويتعلّقُ العقدُ بالمُسَمّى، وإنْ كان من جِنسِه لكنْ يُخالِفُه في الصّفةِ فإنْ تَفاحَشَ التّفاوُتُ بينهما، فالعِبْرةُ للتّسْميةِ أيضًا عندَنا، ويُلْحقانِ بمُخْتَلِفَي الجِنسِ، وإنْ قَلّ التّفاوُتُ فالعِبْرةُ للمُشارِ إليه، ويتعَلّقُ العقدُ به.

وإذا عُرِفَ هذا فنقول: الياقوتُ مع الزُّجاجِ جِنْسانِ مُخْتَلِفانِ؛ وكذا الهَرَويُّ مع المرويِّ نوعانِ مُخْتَلِفانِ؛ فيتعَلّقُ العقدُ فيه بالمُسَمّى وهو معدومٌ فيَبْطُلُ ولا يَنْعَقِدُ.

[ولو] (١) قال: بعْتُكَ هذا العبدَ فإذا هو جاريةٌ لا يَنْعَقِدُ عندَ أصحابنا الثّلاثةِ رحمهم الله وعندَ زُفَرَ رحمه الله يجوزُ.

وَجْهُ قولِه: أنّ المُسَمّى ههنا من جِنسِ المُشارِ إليه، أعني: العبدَ والجاريةَ، وإنّما يختلِفانِ في صِفةِ الذُّكورةِ والأُنوثةِ، وهذا لا يمْنَعُ تَعَلُّقَ العقدِ بالمُشارِ إليه كما إذا قال: بعْتُكَ هذه الشّاةَ على أنّها نَعْجةٌ، فإذا هي كبْشٌ.

ولنَا: أنّهما جِنْسانِ مُخْتَلِفانِ في المعنى؛ لاختلافِ جِنسِ المنفَعةِ المطْلوبةِ اختلافًا فاحِشًا فالتُحِقا بمُخْتَلِفَي الجِنْسِ حقيقةً بخلافِ النّعْجةِ مع الكبْشِ؛ لأنّهما اتّفقا جِنْسًا ذاتًا ومعنًى.

---

(١) زيادة من المخطوط.

أمّا ذاتًا فظاهرٌ؛ لأنّ اسمَ الشّاةِ يتناوَلُهما.

وأمّا معنًى؛ فلأنّ المطْلوبَ من كُلٍّ واحدٍ منهما مَنْفَعةُ الأكلِ فتَجانَسا ذاتًا ومَنْفَعةً فتَعَلّقَ العقدُ بالمُشارِ إليه، وهو موجودٌ مَحَلٌّ للبيعِ، فجاز بيعُه، ولكنّ المُشْتَرِيَ بالخيارِ؛ لأنّه فاتَتْه صِفةٌ مرغوبةٌ فأوجَبَ ذلك خَلَلًا في الرِّضا فيَثْبُتُ له الخيارُ، وَكذا لو باعَ دارًا على أنّ بناءَها آجُرٌّ، فإذا هو لَبِنٌ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّهما يتفاوَتانِ في المنفَعةِ تَفاوُتًا فاحِشًا فكانا كالجِنْسَيْنِ المُخْتَلِفَيْنِ.

وكذا لو باعَ ثَوْبًا على أنّه مَصْبوغٌ بعُصفُرٍ، فإذا هو مَصْبوغٌ بزَعْفَرانٍ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ العُصفُرَ مع الزّعْفَرانِ يختلِفانِ في اللّوْنِ اختلافًا فاحِشًا.

وكذا لو باعَ حِنْطةً في جَوْلَقٍ فإذا هو دَقيقٌ أو شرَطَ الدّقيقَ فإذا هو خُبْزٌ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ الحِنْطةَ مع الدّقيقِ جِنْسانِ مُخْتَلِفانِ وكذا الدّقيقُ مع الخُبْزِ.

ألا تَرَى أنّ مَنْ غَصَبَ من آخَرَ حِنْطةً وطَحَنَها يَنْقَطِعُ حقُّ الملكِ [1] دَلّ أنّها تَصيرُ بالطّحْنِ شيئًا آخَرَ فكان بيعَ المعدومِ فلا يَنْعَقِدُ.

وإنْ قال: بِعْتُكَ هذه الشّاةَ على أنّها مَيْتةٌ فإذا هي ذَكيّةٌ جاز بالإجماعِ؛ لأنّ المَيْتةَ ليستْ بمَحَلٍّ للبيعِ فلَغَتِ التّسْميةُ، وبقيَتِ الإشارةُ إلى الذّكيّةِ.

ولو قال: بِعْتُكَ هذا الثّوبَ القزّ فإذا هو مُلْحَمٌ يَنْظُرُ إنْ كان سَداه من القزِّ، ولُحمَتُه من غيرِه لا يَنْعَقِدُ، وإنْ كان لُحمَتُه من القزِّ، فالبيعُ جائزٌ؛ لأنّ الأصلَ في الثّوب هو اللُّحمةُ؛ لأنّه إنّما يصيرُ ثَوْبًا بها فإذا كانت لُحمَتُه من غيرِ القزِّ فقد اختلف الجِنْسُ فكانتِ العِبْرةُ للتّسْميةِ، والمُسَمّى معدومٌ فلم يَنْعَقِدِ البيعُ وإذا كانت من القزِّ فالجِنْسُ لم يختلِفْ فتُعْتَبَرُ الإشارةُ، والمُشارُ إليه موجودٌ فكان مَحَلًّا للبيعِ إلاّ أنّه يَثْبُتُ الخيارُ للمُشْتَري؛ لأنّ كونَ السّدَى منه أمرٌ مرغوبٌ فيه، وقد فاتَ فوَجَبَ الخيارُ.

وكذلك إذا قال: بِعْتُكَ هذا الثّوبَ الخزّ بكذا، فإذا هو مُلْحَمٌ فهو على التّفصيلِ إلاّ أنّ لُحمَتَه إذا كانت خَزًّا وسَداه من غيرِه حتّى جاز البيعُ فقد قِيلَ: إنّه يَنْبَغي أنْ لا يَثْبُتَ الخيارُ للمُشْتَري ههنا؛ لأنّ الخزّ هكذا يُنْسَجُ بخلافِ القزِّ.

---

(١) في المخطوط: «المالك».

ولو باعَ جُبّةً على أنّ بطانَتَها وظهارَتَها كذا، وحَشْوَها كذا فإنْ كانتِ الظِّهارةُ من غيرِ ما شرَطَ لا يَنْعَقِدُ البيعُ، وإنْ كانتِ البطانةُ والحشْوُ مِمّا شرَطَ، وإنْ كانتِ الظِّهارةُ مِمّا شرَطَ جاز البيعُ وإنْ كانتِ البطانةُ، والحشْوُ من غيرِ ما شرَطَ؛ لأنّ الأصلَ هو الظِّهارةُ.

ألا تَرَى أنّه يُنْسَبُ الثّوبُ إليها، ويختلِفُ الاسمُ باختلافِها؟ وإنّما البطانةُ تَجْري مجرَى التّابِعِ لها وكذا الحشْوُ فكان المعقودُ عليه هو الظِّهارةَ، وما سِواها جاريًا مجرَى الوصفِ لها ففَواتُه لا يمْنَعُ الجوازَ، ولكنّه يوجِبُ الخيارَ لأنّه فاتَ شيءٌ مرغوبٌ فيه.

ولو قال: بِعْتُكَ هذه الدّارَ على أنّ فيها بناءَ فإذا لا بناءَ فيها فالبيعُ [٣/ ٦٨ب] جائزٌ، والمُشْتَرِي بالخيارِ إنْ شاء أخذ بجميعِ الثّمَنِ، وإنْ شاء ترك.

فُرِّقَ بين هذا، وبين ما إذا قال: بِعْتُكَ هذه الدّارَ على أنّ بناءَها آجُرٌّ، فإذا هو لَبِنٌ أنّه لا يَنْعَقِدُ.

ووَجْه الفرقِ: أنّ الآجُرّ مع اللّبِنِ يتفاوَتانِ في المنفَعةِ تَفاوُتًا فاحِشًا فالتَحقا بمُخْتَلِفِي الجِنْسِ على ما بيّنّا فيما تَقَدّمَ.

ومنها: أنْ يكونَ مالاً لأنّ البيعَ مُبادَلةُ المالِ بالمالِ، فلا يَنْعَقِدَ بيعُ الحُرِّ؛ لأنّه ليس بمالٍ، وكذا بيعُ أُمِّ الولدِ؛ لأنّها حُرّةٌ من وجهٍ لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «أعتقَها ولدُها» (١).

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال في أُمِّ الولدِ: «لا تُباعُ ولا توهَبُ وهي حُرّةٌ من الثّلُثِ» (٢) نَفَى عليه الصلاة والسلام جَوازَ بيعِها مُطْلَقًا وسَمّاها حُرّةً فلا تكونُ مالاً على الإطلاقِ خُصوصًا على أصلِ (٣) أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأنّ الاستيلادَ يوجِبُ سُقوطَ الماليّةِ عندَه حتّى لا تُضْمَنَ بالغصْب، والبيعِ الفاسِدِ والإعتاقِ، وإنّما تُضْمَنُ بالقتلِ لا

---

(١) ضعيف: أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: أمهات الأولاد، برقم (٣٥١٦)، والحاكم في المستدرك، (٢/ ٢٣)، برقم (٢١٩١)، والدارقطني، (٤/ ١٣١)، برقم (٢١)، والبيهقي في الكبرى، (١٠/ ٣٤٦)، برقم (٢١٥٧١)، وأورده الزيلعي في نصب الراية، (٣/ ٢٨٧)، من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل، رقم (١٧٧٢).
(٢) أخرجه عبد الرزاق بنحوه في مصنفه (٧/ ١٣٣)، برقم (١٢٥٢٦)، من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
(٣) في المخطوط: «قول».

غيرُ؛ لأنّ ضَمانَ القتلِ ضَمانُ الدّمِ لا ضَمانُ المالِ، والمسألةُ تأتي في موضِعِها إنْ شاء اللّه تعالى.

وَلا بيعُ المُدَبّرِ المُطْلَقِ عندَنا [١]. وقال الشّافعيُّ عليه الرّحمةُ: بيعُ المُدَبّرِ جائزٌ [٢]، واحتَجّ بما رُوِيَ عن جابرِ بنِ عبدِ اللّه رضي الله عنه أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام أجاز بيعَ المُدَبّرِ [٣].

وعن سَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنها أنّها دَبّرَتْ مَمْلوكةً لها فغَضِبَتْ عليها فباعَتْها؛ ولأنّ التّدْبيرَ تَعليقُ العتقِ بالموتِ، والمُعَلّقُ بالشّرطِ عَدَمٌ قبل وجودِ الشّرطِ، فلم يكنِ العتقُ ثابتًا أصلاً قبل الموتِ، فيجوزُ بيعُه كما إذا عَلّقَ عِتْقَ عبدِه بدُخولِ الدّارِ، ونحوِ ذلك ثُمّ باعَه قبل أنْ يدخلَ الدّارَ، وكَما في المُدَبّرِ المُقَيّدِ.

ولنا: ما رَوَى أبو سَعيدٍ الخُدْريّ وجابرُ بنُ عبدِ اللّه الأنْصاريُّ رضي الله عنهما أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام نَهَى عن بيعِ المُدَبّرِ [٤] ومُطْلَقُ النّهيِ محمولٌ على التّحريمِ.

ورُوِيَ عن عبدِ اللّه ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنهما أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام قال: «المُدَبّرُ لا يُباعُ ولا يوهَبُ وهو حُرٌّ من الثّلُثِ» [٥] وهذا نصٌّ في البابِ؛ ولأنّه حُرٌّ من وجهٍ، فلا يجوزُ بيعُه كأُمّ الولدِ.

والدّليلُ على أنّه حُرٌّ من وجهٍ: الاستِدْلال بضَرورةِ الإجماعِ، وهو أنّه يعتقُ بعدَ الموتِ بالإجماعِ، والحُرّيّةُ لا بُدّ لها من سببٍ، وليس ذلك إلاّ الكلامُ السّابقُ، وليس هو بتَحْريرِ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٦/ ٤٠٧)، البناية (٧/ ١٩٤، ١٩٥).

(٢) مذهب الشافعية: أنه يجوز بيع المدبر. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٢٦٦).

(٣) أخرجه البخاري حديثًا فعليًا أن النبي ﷺ قد باع المدبر، كتاب البيوع، باب: بيع المدبر، برقم (٢٢٣١)، ومسلم بنحوه، كتاب الأيمان، باب: جواز بيع المدبر، برقم (٩٩٧)، والنسائي، كتاب: البيوع، باب: بيع المدبر، برقم (٤٦٥٤)، وابن ماجه، برقم (٢٥١٢)، وأحمد، برقم (١٣٨٠٣)، وابن حبان (١١/ ٣٠١)، برقم (٤٩٢٩)، والدارقطني بنحوه (٤/ ١٣٨)، برقم (٤٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٤) انظر ما قبله.

(٥) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٨)، برقم (٥٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٣١٤)، برقم (٢١٣٦١)، والديلمي في الفردوس (٤/ ١٩٩)، برقم (٦٦١٣)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٨٤)، وفي إسناده عبيدة بن حسان وهو ضعيف.

بعدَ الموتِ؛ لأنّ التّحريرَ فعلٌ اختياريٌّ، وأنّه لا يتحقّقُ من الميّتِ فكان تَحْريرًا من حينِ وجودِه، فكان يَنْبَغي أنْ تَثْبُتَ به الحُرّيّةُ من كُلِّ وجهٍ للحالِ إلاّ أنّها تأخّرتْ من وجهٍ إلى آخرَ جزءٍ من أجزاءِ حَياتِه بالإجماعِ، ولا إجماعَ على التّأخيرِ من وجهٍ فبقيَتِ الحُرّيّةُ من وجهٍ ثابتةً للحالِ فلا يكونُ مالاً مُطْلَقًا، فلا يجوزُ بيعُه.

وحَديثُ جابرٍ وسَيِّدَتِنا عائشةَ رضي الله عنهما حِكايةُ فعلٍ يُحْتَمَلُ أنّه أجاز عليه الصلاة والسلام بيعَ مُدٍّ مُقَيّدًا أو باعَ مُدبّرًا مُقَيّدًا، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ المُرادُ منه الإجارةَ؛ لأنّ الإجارةَ بلُغةِ أهلِ المدينةِ تُسَمّى بيعًا ويُحْتَمَلُ أنّه كان في ابتِداءِ الإسلامِ حين كان بيعُ المُدبّرِ مشروعًا ثُمّ نُسِخَ فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ.

وأمّا المُدبّرُ المُقَيّدُ فهناك لا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ الكلامُ السّابقُ إيجابًا من حينِ وجودِه؛ لأنّه عُلّقَ عِتْقُه بموتٍ موصوفٍ بصِفةٍ، واحتُمِلَ أنْ يموتَ من ذلك المرَضِ والسّفَرِ أو لا، فكان الخطرُ قائمًا فكان تَعليقًا، فلم يكنْ إيجابًا ما دامَ الخطرُ قائمًا ومَتَى اتّصَلَ به الموتُ يَظْهَرُ أنّه كان تَحْريرًا من وجهٍ من حينِ وجودِه لكنْ لا يتعلّقُ به حُكْمٌ واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وَلا بيعُ المُكاتَبِ لأنّه حُرٌّ يَدًا فلا تَثْبُتُ يَدُ تَصَرُّفِ الغيرِ عليه ولا بيعُ مُعْتَقِ البعضِ موسِرًا كان المُعْتِقُ أو مُعْسِرًا عندَ أصحابنا الثّلاثةِ رضي الله عنهم؛ لأنّه بمنزلةِ المُكاتَبِ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه وعندَهما هو حُرٌّ عليه دَيْنٌ.

وأمّا عندَ الشّافعي رَضي الله عنه: فإنْ كان المُعْتِقُ مُعْسِرًا فلِشريكِه السّاكِتِ أنْ يَبيعَ نصيبَه بناءً على أصلِه أنّ المُعْتِقَ إنْ كان مُعْسِرًا فالإعتاقُ مُنْجَزٌ فبقيَ نصيبُ شريكِه على ملكِه، فيجوزُ له بيعُه، وكُلُّ جَوابٍ عَرَفْتَه في هؤلاء فهو الجوابُ في الأولادِ من هؤلاء؛ لأنّ الولدَ يَحْدُثُ على وصفِ الأُمِّ، ولهذا كان ولدُ الحُرّةِ حُرًّا، ووَلَدُ الأمةِ رَقيقًا وكَما لا يَنْعَقِدُ بيعُ المُكاتَبِ، ووَلَدِه المولودِ في الكِتابةِ لا يَنْعَقِدُ بيعُ ولدِه المُشْتَرَى في الكِتابةِ، ووالِدَيه [1]؛ لأنّهم تكاتَبوا بالشِّراءِ.

وأمّا مَنْ سِواهم من ذَوي الأرحامِ إذا اشتَراهم يجوزُ بيعُهم عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأنّهم لم يتكاتَبوا بالشِّراءِ وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: لا يجوزُ لأنّهم تَكاتَبوا وهي

(١) في المخطوط: «ووالديه».

مسألةُ كِتاب المُكاتَب .

وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ الميْتةِ والدّمِ ؛ لأنّه ليس بمالٍ، وكذلك ذَبيحةُ المجوسيِّ [٣/ ٦٩أ] والمُرْتَدِّ والمُشْرِكِ ؛ لأنّها مَيْتةٌ، وكذا مَتروكُ التّسْميةِ عَمْدًا - عندَنا - خلافًا للشّافعيِّ وهي مسألةُ (كِتاب الذّبائحِ) .

وكذا ذَبيحةُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يعقِلُ ؛ لأنّها في معنى الميْتةِ، وكذا ما ذُبحَ من صَيْدِ الحرَمِ مُحْرِمًا كان الذّابحُ أو حَلالاً، وما ذَبَحه المُحْرِمُ من الصّيْدِ سَواءٌ كان صَيْدَ الحرَمِ أو الحِلِّ ؛ لأنّ ذلك مَيْتةٌ .

ولا يَنْعَقِدُ بيعُ صَيْدِ الحرَمِ مُحْرِمًا كان البائعُ أو حَلالاً ؛ لأنّه حَرامُ الانتِفاعِ به شرعًا، (فلم يكنْ) [(١)] مالاً، ولا بيعُ صَيْدِ المُحْرِمِ سَواءٌ كان صَيْدَ الحرَمِ أو الحِلِّ ؛ لأنّه حَرامُ الانتِفاع به في حقِّه، فلا يكونُ مالاً في حقِّه، ولو وكّلَ مُحْرِمٌ حَلالاً ببيعِ صَيْدٍ فباعَه فالبيعُ جائزٌ عندَ أبي حنيفةَ وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ: باطِلٌ، وهو على اختلافِهم في مسلمٍ وكّلَ ذِمّيًا ببيعِ خمرٍ فباعَها .

وَجهُ **قولِهما**: أنّ البائعَ هو الموَكِّلُ معنًى ؛ لأنّ حُكمَ البيعِ يقعُ له، والمُحْرِمُ مَمْنوعٌ عن تمليكِ الصّيْدِ، وتَمَلُّكِه .

وَجْهُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه : أنّ البائعَ في الحقيقةِ هو الوكيلُ ؛ لأنّ بيعَه كلامُه القائمُ به حقيقةً ولهذا تَرْجِعُ حُقوقُ العقدِ إليه إلاّ أنّ الموَكِّلَ يقومُ مقامَه شرعًا في نفسِ الحُكمِ مع اقْتِصارِ نفسِ التّصَرُّفِ على مُباشرَتِه حقيقةً، والمُحْرِمُ من أهلِ ثُبوتِ الملكِ له في الصّيْدِ حُكمًا لا يتمَلّكُه حقيقةً ألا تَرَى أنّه يَرِثُه؟

وهذا لأنّ المنعَ إنّما يكونُ عَمّا للعبدِ فيه صُنْعٌ، ولا صُنْعَ له فيما يُثْبتُ حُكمًا فلا يحتملُ المنعَ .

ولو باعَ حَلالٌ حَلالاً صَيْدًا ثُمّ أحْرَمَ أحدُهما قبل القبْضِ يُفْسَخُ البيعُ ؛ لأنّ الإحرامَ كما يمْنَعُ البيعَ والشّراءَ يمْنَعُ التّسْليمَ والقبْضَ ؛ لأنّه عقدٌ من وجهٍ على ما عُرِفَ فيُلْحقُ به في حقِّ الحُرْمةِ احتياطًا .

---

(١) في المخطوط : «فلا يكون» .

ولو وكّلَ حَلالٌ حَلالاً ببيعِ صَيْدٍ فباعَه ثُمّ أحْرَمَ الموَكِّلُ قبل قَبْضِ المُشْتَري فعلى قياسِ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله جاز البيعُ.

وعلى قياسِ قولِهما: يَبْطُلُ لأنّ الإحرامَ القائمَ لا يمْنَعُ من جَوازِ التّوْكيلِ عندَه، فالطّارِئُ لا يُبْطِلُه، وعندَهما القائمُ يمْنَعُ، فالطّارِئُ يُبْطِلُه حَلالانِ تَبايَعا صَيْدًا في الحِلِّ، وهما في الحرَمِ جاز عندَ أبي حنيفةَ وعندَ محمّدٍ: لا يجوزُ.

وَجهُ قولِ محمّدٍ: أنّ كونَ الحرَمِ مأمَنًا يمْنَعُ من التّعَرُّضِ للصّيْدِ سَواءٌ كان المُتَعَرِّضُ في الحرَمِ أو الحِلِّ بعدَ أنْ كان المُتَعَرِّضُ في الحرَمِ، ألا تَرَى أنّه لا يَحِلُّ للحَلالِ الذي في الحرَمِ أنْ يَرْميَ إلى الصّيْدِ الذي في الحِلِّ، كما لا يَحِلُّ له أنْ يَرْميَ إليه إذا كان في الحرَمِ.

وَجهُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أنّ كونَه في الحرَمِ يمْنَعُ من التّعَرُّضِ لصَيْدِ الحِلِّ لكنْ حِسًّا لا شرعًا بدَليلِ أنّ الحلالَ في الحرَمِ إذا أمر حَلالاً آخَرَ بذَبْحِ صَيْدٍ في الحِلِّ جاز ولو ذَبَحَ حِلَّ أكله، ومعلومٌ أنّ الأمرَ بالذّبْحِ في معنى التّعَرُّضِ للصّيْدِ فوْقَ البيعِ والشّراءِ فلَمّا لم يُمْنَعْ من ذلك، فلأنْ لا يُمْنَعَ من هذا أولى، وهذا لأنّ المنعَ من التّعَرُّضِ إنّما كان احتِرامًا للحَرَمِ فكُلُّ ما فيه تَرْكُ احتِرامِه يجبُ صيانةُ الحرَمِ عنه وذلك بمُباشرةِ سبب الإيذاءِ في الحرَمِ ولم يوجدْ في البيعِ واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وَلا بيعُ لَحمِ السّبُعِ؛ لأنّه لا يُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا فلم يكنْ مالاً ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه يجوزُ بيعُه إذا ذُبِحَ؛ لأنّه صار طاهرًا بالذّبْحِ.

وأمّا جِلْدُ السّبُعِ والحِمارِ والبغْلِ فإنْ كان مدبوغًا أو مَذْبوحًا يجوزُ بيعُه؛ لأنه مُباحُ الانتِفاع به شرعًا فكان مالاً، وإنْ لم يكنْ مدبوغًا ولا مَذْبوحًا لا يَنْعَقِدُ بيعُه؛ لأنّه إذا لم يُدْبَغْ ولم يُذْبَحْ بقيَتْ رُطوباتُ المِيْتةِ فيه فكان حُكمُه حُكمَ المِيْتةِ، وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ جِلْدِ الخِنْزيرِ كيْفَما كان؛ لأنّه نَجِسُ العيْنِ بجميعِ أجزائه، وقيلَ: إنّ جِلْدَه لا يحتملُ الدّباغَ.

وأمّا عَظْمُ المِيْتةِ، وعَصَبُها، وشَعْرُها، وصوفُها، ووَبَرُها، وريشُها، وخُفُّها وظِلْفُها، وحافِرُها فيجوزُ بيعُها، والانتِفاعُ بها - عندَنا [1] وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله لا يجوزُ بناءً

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٣/ ٩٧٨).

على أنّ هذه الأشياءَ طاهرةٌ - عندَنا - وعندَه نَجِسةٌ (١).

واحتجّ بقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة:٣] وهذه من أجزاءِ الميْتةِ فتكونُ حَرامًا فلا يجوزُ بيعُها وقال عليه الصلاة والسلام: «**لا تَنتَفِعوا من الميتةِ بإهابٍ ولا عَصَبٍ**» (٢).

ولنا: قولُه - سبحانه وتعالى -: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۢ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا﴾ إلى قولِه - عزّ وجلّ -: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَآ﴾ [النحل:٨٠] الآيةَ أخبرَ - سبحانه وتعالى - أنّه جعلَ هذه الأشياءَ لَنا ومَنّ علينا بذلك من غيرِ فصلٍ بين الذّكيّةِ والميْتةِ فيَدُلُّ على تأكُّدِ الإباحةِ؛ ولأنّ حُرْمةَ الميْتةِ ليستْ لموتِها فإنّ الموتَ موجودٌ في السّمَكِ، والجرادِ، وهما حَلالان قال عليه الصلاة والسلام: «**أُحِلّ لَنا مَيْتَتانِ ودَمانِ**» (٣) بل لما فيها من الرُّطوباتِ السّيّالةِ، والدِّماءِ النّجِسةِ؛ لانجمادِها بالموتِ، ولهذا يَطْهُرُ الجِلْدُ بالدِّباغِ حتّى يجوزَ بيعُه لزوالِ الرُّطوبةِ (٤) عنه ولا رُطوبةَ في هذه الأشياءِ، فلا تكونُ حَرامًا.

ولا حُجّةَ له [٣/ ٦٩ب] في هذا الحديثِ؛ لأنّ الإهابَ اسمٌ لغيرِ المدبوغِ لُغةً، والمُرادُ من العصَب حالَ الرُّطوبةِ يُحمَلُ عليه تَوْفيقًا بين الدّلائلِ.

وأمّا عَظْمُ الخِنْزيرِ وعَصَبُه، فلا يجوزُ بيعُه، لأنّه نَجِسُ العيْنِ.

وأما شَعْرُه فقد رُوِيَ: أنّه طاهرٌ يجوزُ بيعُه والصّحيحُ أنّه نَجِسٌ لا يجوزُ بيعُه؛ لأنّه جزءٌ منه إلاّ أنّه رَخّصَ في استعمالِه للخَرّازينَ (٥) للضّرورةِ.

وأمّا عَظْمُ الآدَميِّ وشَعْرُه، فلا يجوزُ بيعُه لا لنَجاسَتِه؛ لأنّه طاهرٌ في الصّحيحِ من

---

(١) مذهب الشافعية: أنها نجسة، ولا يصح بيعها. انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٥٠).
(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: اللباس، باب: من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة، برقم (٤١٢٨)، والترمذي، برقم (١٧٢٩)، والنسائي، برقم (٤٢٤٩)، وابن ماجه، برقم (٣٦١٣)، وأحمد، برقم (١٨٣٠٣)، وابن حبان (٤/ ٩٣)، برقم (١٢٧٧)، والبيهقي في الكبرى (١/ ١٤) برقم (٤٢)، والطبراني في الصغير (١/ ٣٦٩)، برقم (٦١٨)، وعبد بن حميد في مسنده (١/ ١٧٧)، برقم (٤٨٨)، وعبد الرازق في مصنفه (١/ ٦٥)، برقم (٢٠٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٢٠٦)، برقم (٢٥٢٧٦) من حديث عبد الله بن عكيم رضي الله عنه، انظر السلسلة الصحيحة، برقم (٢٨١٢).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «الرطوبات».
(٥) الخراز: من حرفته خياطة الجلد. انظر: المعجم الوجيز (ص ١٩٠).

الرِّوايةِ لكنِ احترامًا له والابتِذالُ بالبيعِ يُشْعِرُ بالإهانةِ، وقد رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «لَعَنَ اللّه الواصِلةَ، والمُسْتَوْصِلةَ»[١].

وأمّا عَظْمُ الكلب وشَعْرُه فقد اختلف المشايخُ فيه على الأصلِ الذي ذَكَرْنا.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ رحمهما الله أنّه لا بَأسَ ببيعِ عَظْمِ الفيلِ، والانتِفاعِ به وقال محمّدٌ رحمه الله عَظْمُ الفيلِ نَجِسٌ لا يجوزُ بيعُه ولا الانتِفاعُ به ذَكَرَه في العُيونِ.

وَيجوزُ بيعُ كُلِّ ذي مِخْلَبٍ من الطّيْرِ، مُعَلّمًا كان أو غيرَ مُعَلّمٍ بلا خلافٍ، وأمّا بيعُ كُلِّ ذي نابٍ من السِّباعِ سِوَى الخِنْزيرِ كالكلب، والفهْدِ، والأسَدِ والنّمِرِ، والذِّئْب، والهِرِّ، ونحوِها فجائزٌ عندَ أصحابنا[٢].

وعندَ الشافعي رحمه الله: لا يجوزُ[٣] ثُمّ عندَنا: لا فرقَ بين المُعَلّمِ، وغيرِ المُعَلّمِ في رِوايةِ الأصلِ فيجوزَ بيعُه كيْفَما كان.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله: أنّه لا يجوزُ بيعُ الكلب العقورِ، واحتَجّ الشّافعيُّ رحمه الله بما رُوِيَ عن النّبيِّ المُكرَمِ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «ومن السُّحْتِ مَهْرُ البغيّ، وثَمَنُ الكلب»[٤] ولو جاز بيعُه لَما كان ثَمَنُه سُحْتًا، ولأنّه نَجِسُ العيْنِ، فلا يجوزُ بيعُه كالخِنْزيرِ إلاّ أنّه رُخِّصَ الانتِفاعُ به بجِهةِ الحِراسةِ، والاصْطيادِ للحاجةِ، والضّرورةِ، وهذا لا يَدُلُّ على جَوازِ البيعِ كما في شَعْرِ الخِنْزيرِ.

ولنا: أنّ الكلبَ مالٌ، فكان مَحَلاًّ للبيعِ كالصّقْرِ، والبازي، والدّليلُ على أنه مالٌ أنّه مُنْتَفَعٌ به حقيقةً مُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا على الإطلاقِ فكان مالاً، ولا شَكّ أنّه مُنْتَفَعٌ به حقيقةً، والدّليلُ على أنّه مُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا على الإطلاقِ أنّ الانتِفاعَ به بجِهةِ الحِراسةِ، والاصْطيادِ، مُطْلَقٌ شرعًا في الأحْوالِ كُلِّها فكان مَحَلًّا للبيعِ؛ لأنّ البيعَ إذا صادَفَ مَحَلاًّ مُنْتَفَعًا به حقيقةً مُباحَ الانتِفاع به على الإطلاقِ مسّتِ الحاجةُ إلى شرعِه؛ لأنّ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٨٤)، الهداية مع فتح القدير (٧/ ١١٨- ١٢١).

(٣) مذهب الشافعية: لا يصح بيع الكلب. انظر: الأم (٣/ ١١-١٣)، حلية العلماء (٩/ ٢٢٥)، المهذب مع المجموع (٩/ ٢٢٥، ٢٢٨، ٢٢٩).

(٤) أخرجه الحارث في مسنده (١/ ٤٩٨)، برقم (٤٣٤)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٥٢).

شرعَه يقعُ سببًا، ووَسيلةً للاختصاصِ القاطِعِ للمُنازَعةِ إذِ الحاجةُ إلى قَطْعِ المُنازَعةِ فيما يُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا على الإطلاقِ لا فيما يجوزُ.

وأمّا الحديثُ فيُحْتَمَلُ أنّه كان في ابتِداءِ الإسلامِ؛ لأنّهم كانوا أَلِفوا اقْتِناءَ الكِلاب فأمر بقَتْلِها، ونَهَى عن بيعِها مُبالَغةً في الزّجْرِ أو يُحمَلُ على هذا توْفيقًا بين الدّلائلِ.

قولُه أنّه نَجِسُ العيْنِ؟

قُلنا: هذا مَمْنوعٌ فإنّه يُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا على الإطلاقِ اصْطيادًا وحِراسةً. ونَجِسُ العيْنِ لا يُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا إلاّ في حالةِ الضّرورةِ كالخِنْزيرِ، لاَ يَنْعَقِدُ بيعُ الخِنْزيرِ من المسلمِ؛ لأنّه ليس بمالٍ في حقِّ المسلمينَ فأمّا أهلُ الذِّمّةِ فلا يُمْنَعونَ من بيعِ الخمْرِ والخِنْزيرِ أمّا على قولِ بعضِ مَشايِخِنا [1] فلأنّه مُباحٌ الانتِفاعُ به شرعًا لهم كالخلِّ، وكالشّاةِ لَنا فكان مالاً في حقِّهم فيجوزُ بيعُه.

ورُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ بنِ الخطّاب رضي الله عنه كتَبَ إلى عُشّارِه بالشّامِ أنْ ولّوهم بيعَها، وخُذوا العُشْرَ من أثْمانِها، ولو لم يَجز بيعُ الخمْرِ منهم لَما أمرهم بتَوْليَتِهم البيعَ.

وعن بعضِ مَشايِخِنا: حُرْمةُ الخمْرِ والخِنْزيرِ ثابتةٌ على العُمومِ في حقِّ المسلمِ والكافرِ؛ لأنّ الكُفّارَ مُخاطَبونَ بشرائعَ هي حُرُماتٌ هو الصّحيحُ من مذهب أصحابنا، فكانتِ الحُرْمةُ ثابتةً في حقِّهم لكنّهم لا يُمْنَعونَ عن بيعِها؛ لأنّهم لا يعتَقِدونَ حُرْمَتَها، ويتمولونها، ونحنُ أُمِرْنا بتَرْكِهم، وما يَدينونَ. ولو اشترى عصيرًا فتخمر قبل القبض للمشتري أن يفسخ البيع لأن للقبض شبه بالعقد فوقع العجز عن التسليم والقبض منفسخ كما إذا تغيب قبل القبض.

ولو باعَ ذِمّيٌّ من ذِمّيٍّ خمرًا أو خِنْزيرًا ثُمّ أسلَما أو أسلَمَ أحدُهما قبل القبْضِ يُفْسَخُ البيعُ؛ لأنّه بالإسلامِ حَرُمَ البيعُ، والشِّراءُ، فيَحْرُمُ القبْضُ والتّسْليمُ أيضًا؛ لأنّه يُشْبه الإنْشاء أو إنْشاءٌ من وجهٍ فيُلْحقُ به في باب الحُرُماتِ احتياطًا.

وأصلُه قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم

---

(١) في المخطوط: «المشائخ».

مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ [البقرة :٢٧٨] والأمرُ بتَرْكِ ما بقيَ من الرِّبا هو النّهيُ عن قبضه (١)، يُؤَيِّدُه قوله تعالى في آخِرِ الآيةِ الشّريفةِ: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩] وإذا حَرُمَ القبْضُ، والتّسْليمُ لم يكنْ في بقاءِ العقدِ فائدةٌ، فيُبْطِلُه القاضي كمَنْ باعَ عبدًا فأبقَ قبل القبْضِ.

ولو كان إسلامُهما أو إسلامُ أحدِهما بعدَ القبْضِ مضى [٣/ ٧١أ] البيعُ؛ لأنّ الملكَ قد ثَبَتَ على الكمالِ بالعقدِ والقبْضِ في حالةِ الكُفْرِ، وإنّما يوجدُ بعدَ الإسلام دَوامُ الملكِ، والإسلامُ لا يُنافي ذلك فإنّ مَنْ تَخَمّرَ عَصيرُه لا يُؤْمَرُ بإبْطال ملكِه فيها، ولو أقرَضَ الذِّمّيُّ ذِمّيًّا خمرًا ثُمّ أسلَمَ أحدُهما فإنْ أسلَمَ المُقْرِضُ سَقَطَتِ الخمْرُ، ولا شيءَ له من قيمةِ الخمْرِ على المُسْتقرِضِ.

أمّا سُقوطُ قيمةِ الخمْرِ، فلأنّ العجْزَ عن قَبْضِ المثْلِ جاءَ من قِبَلِه فلا شيءَ له، وإنْ أسلَمَ المُسْتقرِضُ.

رُوِيَ عن أبي يوسُفَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله أنّه تَسْقُطُ الخمْرُ، وليس عليه قيمةُ الخمْرِ أيضًا كما لو أسلَمَ المُقْرِضُ.

ورَوَى محمّدٌ، وزُفَرُ، وعافيةُ بنُ زيادٍ القاضي عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم أنّ عليه قيمةَ الخمْرِ، وهو قولُ محمّدٍ رحمه الله.

وَجهُ هذه الروايةِ: أنّ امتِناعَ التّسْليمِ من المُسْتقرِضِ إنّما جاءَ لمعنًى من قِبَلِه، وهو إسلامُه فكأنّه استَهْلَكَ عليه خمرَه، والمسلمُ إذا استَهْلَكَ خمرَ الذِّمّيِّ يَضْمَنُ قيمَتَه.

وَجْهُ رِوايةِ أبي يوسُفَ رحمه الله: أنّه لا سبيلَ إلى تَسْليمِ المثْلِ؛ لأنّه يُمْنَعُ منه، ولا إلى القيمةِ؛ لأنّ ذلك يوجِبُ ملكَ المُسْتقرِضِ، والإسلامُ يمْنَعُ منه، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وَأمّا القِرْدُ فعن أبي حنيفةَ رضي الله عنه رِوايَتانِ.

وَجْهُ رِوايةِ عَدَمِ الجوازِ: أنّه غيرُ مُنْتَفَعٍ به شرعًا فلا يكونَ مالاً كالخِنْزيرِ.

وَجْهُ رِوايةِ الجوازِ: أنّه إنْ لم يكنْ مُنْتَفَعًا به بذاتِه يُمْكِنُ الانتِفاعُ بجِلْدِه.

---

(١) في المطبوع: «قبضته».

والصّحيحُ هو الأوّلُ؛ لأنّه لا يُشْتَرَى للانتِفاعِ بجِلْدِه عادةً بل للّهْوِ [١] به، وهو حَرامٌ فكان هذا بيعَ الحرامِ للحَرامِ، وأنّه لا يجوزُ.

وَيجوزُ بيعُ الفيلِ بالإجماعِ؛ لأنّه مُنْتَفَعٌ به حقيقةً مُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا على الإطلاقِ فكان مالاً.

وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ الحيّةِ والعقرَب، وجميعِ هَوامِّ الأرضِ كالوزَغةِ، والضّبِّ، والسُّلَحْفاةِ، والقُنْفُذِ، ونحوِ ذلك؛ لأنّها مُحَرّمةُ الانتِفاعُ بها شرعًا؛ لكَوْنِها من الخبائثِ فلم تَكُنْ أموالاً فلم يَجز بيعُها.

وذُكِرَ في الفتاوَى أنّه يجوزُ بيعُ الحيّةِ التي يُنْتَفَعُ بها للأدويةِ، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ المُحَرّمَ شرعًا لا يجوزُ الانتِفاعُ به للتّداوي كالخمْرِ، والخِنْزيرِ وقال النّبيُّ عليه الصلاة والسلام: «لم يُجْعَلْ شِفاؤُكم فيما حُرّمَ عليكم» [٢] فلا تَقَعُ الحاجةُ إلى شرعِ البيعِ، وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ شيءٍ مِمّا يكونُ في البحْرِ كالضِّفْدَعِ، والسّرَطانِ إلاّ السّمَكَ، وما يجوزُ الانتِفاعُ بجِلْدِه، أو عَظْمِه؛ لأنّ ما لا يجوزُ الانتِفاعُ بجِلْدِه، ولا به، ولا بعَظْمِه لا يكونُ مالاً فلا يكونُ مَحَلًّا للبيعِ.

وقد رُوِيَ أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام سُئِلَ عن الضِّفْدَعِ يُجْعَلُ في دَواءٍ فنَهَى عنه، وقال: «خَبيثةٌ من الخبائث» [٣].

وذَكَرَ أبو بَكرٍ الإسكافيُّ رحمه الله: أنّه لا يجوزُ.

وذُكِرَ في الفتاوَى أنّه يجوزُ؛ لأنّ النّاسَ يَنْتَفِعونَ به وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ النّحْلِ إلاّ إذا كان في كوّارَتِه عَسَلٌ فباعَ الكوّارةَ [٤] بما فيها من العسَلِ، والنّحْلِ.

---

(١) في المخطوط: «للتلهي».

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٤٢)، برقم (٨٢٦٠)، والبيهقي في الكبرى (١٠/ ٥)، والطبراني في الكبير (٩/ ٣٤٥)، برقم (٩٧١٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٣٨)، برقم (٢٣٤٩٢)، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٨٦) وقال: رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح.

(٣) لم أقف عليه بهذا النحو، ولكنه ما روي أنه سئل ﷺ عن أكل القنفذ. . .، والحديث بهذا النحو ضعيف، أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب: في أكل حشرات الأرض، برقم (٣٧٩٩)، وأحمد، برقم (٨٧٣١)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٣٢٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، انظر ضعيف سنن أبي داود.

(٤) الكوارة: بيت يتخذ من قضبان ضيق الرأس، للنحل تعسل فيه. انظر: اللسان (٥/ ١٥٧).

ورَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ أنّه يجوزُ بيعُه مُنْفَرِدًا من غيرِ كوّارَتِه إذا كان مجموعًا، وهو قولُ الشّافعيِّ رحمه الله [(١)]؛ لأنّ النّحْلَ حَيَوانٌ مُنْتَفَعٌ به فيجوزُ بيعُه.

ولنا: أنّه ليس بمُنْتَفَعٍ به، فلم يكنْ مالاً بنفسِه بل بما يَحْدُثُ منه، وهو معدومٌ حتّى لو باعَه مع الكوّارةِ وفيها عَسَلٌ، يجوزُ بيعُه تبَعًا للعَسَلِ، ويجوزُ أنْ لا يكونَ الشّيءُ مَحَلاًّ للبيعِ بنفسِه مُفْرَدًا، ويكونَ مَحَلاًّ للبيعِ مع غيرِه كالشُّرْب، وأنْكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله هذا فقال: إنّما يدخلُ فيه تَبَعًا إذا كان من حُقوقِه كما في الشُّرْب مع الأرضِ، وهذا ليس من حُقوقِه [(٢)].

وعلى هذا بيعُ دودِ القزّ لا يَنْعَقِدُ إلاّ إذا كان معه قَزٌّ، ورَوَى محمّدٌ أنّه يجوزُ بيعُه مُفْرَدًا، والحُجَجُ [(٣)] على نحوِ ما ذَكَرْنا في النّحْلِ، ولا يَنْعَقِدُ بيعُ بَذْرِ الدّودِ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله كما لا يَنْعَقِدُ بيعُ الدّودِ، وعندَهما يجوزُ بيعُه.

ووَجه الكلامِ فيه: على نحوِ ما ذَكَرْنا في بيعِ النّحْلِ والدّودِ.

يَجوزُ بيعُ السِّرْقينِ، والبعْرِ؛ لأنّه مُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا على الإطلاقِ فكان مالاً، ولا يَنْعَقِدُ بيعُ العذِرةِ الخالِصةِ؛ لأنّه لا يُباحُ الانتِفاعُ بها بحالٍ، فلا تكونُ مالاً إلاّ إذا كان مَخْلوطًا بالتُّراب، والتُّرابُ غالِبٌ فيجوزُ بيعُه؛ لأنّه يجوزُ الانتِفاعُ به.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه قال: كُلُّ شيءٍ أفْسَدَه الحرامُ، والغالِبُ عليه الحلالُ فلا بَأسَ ببيعِه، ونُبيِّنُ ذلك، وما كان الغالِبُ عليه الحرامَ لم يَجز بيعُه، ولا هِبتُه كالفأرةِ إذا وقَعَتْ في العجينِ والسّمْنِ المائعِ.

وكذلك قال محمّدٌ في الزّيْتِ إذا وقَعَ فيه [ودَكُ [(٤)] الميْتةِ: إنّه إنْ كان الزّيْتُ غالِبًا يجوزُ بيعُه، وإنْ كان الودَكُ غالِبًا لا يجوزُ بيعُه] [(٥)]؛ لأنّ الحلالَ إذا كان هو الغالِبَ يجوزُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: شرح فتح القدير (٦/ ٤١٩)، البناية (٧/ ٢١٤، ٢١٥).
ومذهب الشافعية: أن بيع النحل في الكوارة صحيح إن شاهد جميعه وإلا فهو من بيع الغائب. انظر: حلية العلماء (٤/ ١١١، ١١٢)، الوسيط (٣/ ١٩)، الروضة (٣/ ٣٥٢)، مغني المحتاج (٢/ ١٢)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٩٥).
(٢) زاد في المخطوط: «فلا يدخل». (٣) في المخطوط: «والحج».
(٤) ودك الميتة ما يسيل منها. وانظر الوسيط (ودك).
(٥) بدله في المخطوط: «فأرة»..

الانتِفاعُ به استصباحًا [١]، ودَبْغًا على ما ذَكَرْنا في (كِتاب الطّهاراتِ) فكان مالاً فيجوزُ بيعُه، وإذا كان الحرامُ هو الغالِبَ لم يَجُزِ الانتِفاعُ به بوَجْهٍ فلم يكنْ مالاً فلا يجوزُ بيعُه.

وَيجوزُ بيعُ آلاتِ الملاهي من البرْبَطِ، والطّبْلِ، والمِزْمارِ، والدُّفِّ، ونحوِ ذلك عندَ أبي حنيفةَ لكنّه يُكرَه.

وعندَ أبي [٣/٧٠ب] يوسُفَ، ومحمّدٍ: لا يَنْعَقِدُ بيعُ هذه الأشياءِ؛ لأنّها آلاتٌ مُعَدّةٌ للتّلَهّي بها موضوعةٌ للفِسْقِ، والفسادِ فلا تكونُ أموالاً فلا يجوزُ بيعُها.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّه يُمْكِنُ الانتِفاعُ بها شرعًا من جِهةٍ أُخرى بأنْ تُجْعَلَ ظُروفًا لأشياءَ، ونحوِ ذلك من المصالِحِ فلا تخرُجُ عن كونِها أموالاً، وقولُهما: إنّها آلاتُ التّلَهّي، والفِسْقِ بها قُلْنا نَعَم لكنّ هذا لا يوجِبُ سُقوطَ ماليّتِها كالمُغَنّياتِ، والقِيانِ، وبَدَنِ الفاسِقِ، وحَياتِه، ومالِه، وهذا؛ لأنّها كما تَصْلُحُ للتّلَهّي تَصْلُحُ لغيرِه على ماليّتِها بجِهةِ إطلاقِ الانتِفاعِ بها لا بجِهةِ الحُرْمةِ، ولو كسَرَها إنسانٌ ضَمِنَ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله وعندَهما: لا يَضْمَنُ.

وعلى هذا الخلافِ بيعُ النّرْدِ، والشِّطْرَنْجِ، والصّحيحُ قولُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأنّ كُلّ واحدٍ منهما مُنْتَفَعٌ به شرعًا من وجهٍ آخَرَ بأنْ يُجْعَلَ صَنَجاتِ الميزانِ فكان مالاً من هذا الوجه فكان مَحَلًّا للبيعِ مَضْمونًا بالإتْلافِ.

وَيجوزُ بيعُ ما سِوَى الخمْرِ من الأشرِبةِ المُحَرّمةِ كالسُّكّرِ، ونَقيعِ الزّبيب، والمُنصّفِ، ونحوِها عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسُفَ، ومحمّدٍ: لا يجوزُ؛ لأنّه إذا حَرُمَ شُرْبُها لم تَكُنْ مالاً فلا تكونُ مَحَلًّا للبيعِ كالخمْرِ، ولأنّ ما حَرُمَ شُرْبُه لا يجوزُ بيعُه لما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**لَعَنَ اللّه اليهودَ حُرِّمَتْ عليهم الشُّحومُ فجَمَلوها، وباعوها، وإنّ اللّهَ إذا حَرّمَ شيئًا حَرّمَ بيعَه، وأكلَ ثَمَنِه**» [٢].

(١) في المطبوع: «استصحابًا».
(٢) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب: لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه، برقم (٢٢٢٣)، ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، برقم (١٥٨٢)، والنسائي، كتاب الفرع والعتيرة، باب النهي عن الانتفاع بما حرم الله عز وجل، برقم (٤٢٥٧)، وابن ماجه، برقم (٣٣٨٣)، وأحمد، برقم (١٧١)، والدارمي، برقم (٢١٠٤)، وابن حبان (١٤/ ١٤٦)، برقم (٦٢٥٣)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٢)، برقم (١٠٨٢٧)، والحميدي في مسنده (١/ ٩)، برقم (١٣)، وأبو عوانة، (٣/ ٣٧١) برقم (٥٣٥٥) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ حُرْمةَ هذه الأشربةِ ما ثَبَتَتْ بدَليلٍ مُتيَقّنٍ مقطوعٍ به لكَوْنِها مَحَلّ الاجتِهادِ والماليّةُ قبل حُدوثِ الشِّدّةِ كانت ثابتةً بيَقينٍ فلا تَبْطُلُ بحُرْمةٍ ثابتةٍ بالاجتِهادِ فبقيَتْ أموالاً، وبه تَبيّنَ أنّ المُرادَ من الحديثِ مُحَرّمٌ، ثَبَتَتْ حُرْمَتُه بدَليلٍ مقطوعٍ به، ولم يوجدْ ههنا بخلافِ الخمْرِ؛ لأنّ حُرْمَتَها ثَبَتَتْ بدَليلٍ مقطوعٍ به فبَطَلَتْ ماليّتُها، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ الملاقيحِ والمضامينِ الذي ورَدَ النّهيُ عنه؛ لأنّ المضْمونَ ما في صُلْب الذّكَرِ، والملقوحَ ما في رَحِمِ الأُنْثَى، وذلك ليس بمالٍ.

وعلى هذا أيضًا يَخْرُجُ بيعُ عَسْب الفحْلِ؛ لأنّ العسْبَ هو الضِّرابُ، وأنّه ليس بمالٍ، وقد يُخَرّجُ على هذا بيعُ الحمْلِ أنّه لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ الحمْلَ ليس بمالٍ، وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ لبنِ المرأةِ [(١)] في قَدَحٍ عندَنا [(٢)].

وقال الشافعيُّ رحمه الله: يجوزُ بيعُه [(٣)].

وَجْهُ قولِه: أنّ هذا مشروبٌ طاهرٌ، فيجوزُ بيعُه كلبنِ البهائمِ والماءِ.

ولنَا: أنّ اللّبَنَ ليس بمالٍ فلا يجوزُ بيعُه، والدّليلُ على أنّه ليس بمالٍ إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم، والمعقولُ:

أمّا إجماعُ الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم: فما رُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ، وسَيِّدِنا عَليٍّ رضي الله تعالى عنهما أنّهما حَكَما في ولدِ المغْرورِ بالقيمةِ، وبالعقرِ بمُقابَلةِ الوطْءِ، وما حَكَما بوجوب قيمةِ اللّبَنِ بالاستِهْلاكِ، ولو كان مالاً لَحَكَما؛ لأنّ المُسْتَحِقّ يَسْتَحِقُّ بَدَلَ إتْلافِ مالِه بالإجماعِ، ولكان إيجابُ الضّمانِ بمُقابَلَتِه أولى من إيجاب الضّمانِ بمُقابَلةِ مَنافِعِ البُضْعِ؛ لأنّها ليستْ بمالٍ فكانت حاجةُ المُسْتَحِقّ إلى ضَمانِ المالِ أولى، وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، ولم يُنْكِرْ عليهما أحدٌ فكان إجماعًا.

---

(١) في المخطوط: «امرأة».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٣٠٤ - ٣٠٥)، شرح فتح القدير (٦/ ٤٢٣)، البناية (٧/ ٢١٩).

(٣) مذهب الشافعية: أنه يجوز بيع لبن الآدميات بلا كراهة لعدم نجاسته وللانتفاع به. انظر: حلية العلماء (٤/ ٦٧، ٦٨)، الوجيز (١/ ١٣٤)، الوسيط (٣/ ٢٠)، الروضة (٣/ ٣٥٥)، المجموع (٩/ ٣٠٤، ٣٠٥).

وأمّا المعقولُ: فهو؛ لأنّه لا يُباحُ الانتِفاعُ به شرعًا على الإطلاقِ بل لِضرورةِ تَغْذيةِ الطِّفْلِ [١]، وما كان حَرامٌ الانتِفاعُ به شرعًا إلاّ لِضرورةٍ لا يكونُ مالاً كالخمْرِ والخِنْزيرِ.

والدليلُ عليه: أنّ النّاسَ لا يَعُدّونه مالاً، ولا يُباعُ في سوقٍ ما من الأسواق دَلّ أنّه ليس بمالٍ فلا يجوزُ بيعُه، ولأنّه جزءٌ من الآدميّ، والآدميُّ بجميعِ أجزائه مُحْتَرَمٌ مُكَرّمٌ، وليس من الكرامةِ والاحتِرام ابتِذالُه بالبيعِ والشِّراءِ، ثُمّ لا فرقَ بين لبنِ الحُرّةِ، وبين لبنِ الأمةِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وعندَ أبي يوسُفَ رحمه الله أنّه يجوزُ بيعُ لبنِ الأمةِ؛ لأنّه جزءٌ من آدميٍّ هو مالٌ فكان مَحَلاًّ للبيعِ كسائرِ أجزائه.

ولنا: أنّ الآدميّ لم يُجْعَلْ مَحَلاًّ للبيعِ إلاّ بحُلولِ الرِّقِّ فيه، والرِّقُّ لا يَحِلُّ إلاّ في الحيِّ، واللّبَنُ لا حَياةَ فيه فلا يُحِلُّه الرِّقُّ فلا يكونُ مَحَلاًّ للبيعِ.

سُفْلٌ، وعُلْوٌ بين رجلَيْنِ انهَدَما فباعَ صاحِبُ العُلْوِ عُلْوَه لم يَجز؛ لأنّ الهَواءَ ليس بمالٍ، وَلو جَمع [بين] [٢] ما هو مالٌ، وبين ما ليس بمالٍ في البيعِ بأنْ جَمع بين حُرٍّ وعبدٍ أو بين عَصيرٍ وخمرٍ أو بين ذَكيّةٍ ومَيْتةٍ، وباعَهما صَفْقةً واحدةً، فإنْ لم يُبيِّنْ حِصّةَ كُلِّ واحدٍ منهما من الثّمَنِ لم يَنْعَقِدِ العقدُ أصلاً بالإجماعِ، وإنْ بيّنَ فكذلك عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما يجوزُ في العصيرِ، والعبدِ، والذّكيّةِ، ويَبْطُلُ في الحُرِّ، والخمْرِ، والمَيْتةِ.

ولو جَمع بين قِنٍّ ومُدَبّرٍ أو أُمِّ ولدٍ، ومُكاتَبٍ أو بين عبدِه وعبدِ غيرِه، وباعَهما صَفْقةً واحدةً؛ جاز البيعُ في عبدِه بلا خلافٍ.

وَجهُ [١٧١/٣] قولِهما: أنّ الفسادَ بقدرِ المفسدة؛ لأنّ الحُكمَ يَثْبُتُ بقدرِ العِلّةِ، والمُفْسِدُ خَصّ أحدَهما، فلا يتعَمّمُ الحُكمُ مع خُصوصِ العِلّةِ، فلو جاءَ الفسادُ إنّما يَجيءُ من قِبَلِ جَهالةِ الثّمَنِ، فإذا بيّنَ حِصّةَ كُلِّ واحدٍ منهما من الثّمَنِ؛ فقد زالَ هذا المعنى أيضًا، ولهذا جاز بيعُ القِنِّ إذا جَمع بينه وبين المُدَبّرِ أو المُكاتَب أو أُمِّ الولدِ، وباعَهما صَفْقةً واحدةً، كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّ الصّفْقةَ واحدةٌ، وقد فسَدَتْ في أحدِهما فلا تَصحُّ في الآخَرِ.

---

(١) في المخطوط: «الأطفال». (٢) ليست في المخطوط.

والدّليلُ على أنّ الصّفْقةَ واحدةٌ: أنّ لفظَ البيعِ والشّراءِ لم يتكرّرْ، والبائعُ واحدٌ، والمُشْتَري واحدٌ، وتَفْريقُ الثّمَنِ وهو التّسْميةُ لكُلِّ واحدٍ منهما لا يمْنَعُ اتّحادَ الصّفْقةِ، دَلّ أنّ الصّفْقةَ واحدةٌ، وقد فسَدَتْ في أحدِهما بيَقينٍ لخُروجِ الحُرِّ والخمْرِ والميْتةِ عن مَحَلّيّةِ البيعِ بيَقينٍ، فلا يصحُّ في الآخَرِ لاستِحالةِ كونِ الصّفْقةِ الواحدةِ صَحيحةً وفاسِدةً، ولهذا لم يصحّ إذا لم يُسَمِّ لكُلِّ واحدٍ منهما ثَمَنًا فكذا إذا سَمّى؛ لأنّ التّسْميةَ وتَفريقَ الثّمَنِ لا يوجِبُ تَعَدُّدَ الصّفْقةِ لاتّحادِ البيعِ والعاقِدَيْنِ [١]، بخلافِ الجمْعِ بين العبدِ والمُدَبّرِ؛ لأنّ هناك الصّفْقةَ ما فسَدَتْ في أحدِهما بيَقينٍ بل بالاجتِهادِ الذي يحتملُ الصّوابَ والخطَأَ فاعتُبرَ هذا الاحتمالُ في تَصْحيحِ الإضافةِ إلى المُدَبّرِ؛ ليَظْهَرَ في حقّ القِنِّ إنْ لم يُمْكِنْ إظهارُه في حقِّه، ولأنّه لَمّا جَمع بينهما في الصّفْقةِ، فقد جُعِلَ قَبولُ العقدِ في أحدِهما شرطَ [٢] القبولِ في الآخَرِ بدَليلِ أنّه لو قَبلَ العقدَ في أحدِهما دونَ الآخَرِ لا يصحُّ، والحُرُّ لا يُحْتَمَلُ [قَبولُ] [٣]، العقدِ فيه [٤]، فلا يصحُّ القبولُ في الآخَرِ بخلافِ المُدَبّرِ؛ لأنّه مَحَلٌّ لقَبولِ العقدِ فيه في الجملةِ، فصَحّ قَبولُ العقدِ فيه إلاّ أنّه تَعَذّرَ إظهارُه فيه بنوعِ اجتِهادٍ فيجبُ إظهارُه في القِنِّ؛ ولأنّ في تَصْحيحِ العقدِ في أحدِهما تَفْريقَ الصّفْقةِ على البائعِ قبل التّمامِ؛ لأنّه أوجَبَ البيعَ فيهما، فالقبولُ في أحدِهما يكونُ تَفْريقًا، وهذا لا يجوزُ بخلافِ ما إذا جَمع بين القِنِّ والمُدَبّرِ، لأنّ المُدَبّرَ مَحَلٌّ لقَبولِ البيعِ فيه لكَوْنِه مَمْلوكًا له إلاّ أنّه لم يَنْفُذْ للحالِ مع احتمالِ النّفاذِ في الجملةِ بقضاءِ القاضي لحقِّ المُدَبّرِ، وهذا يمْنَعُ مَحَلّيّةَ القبولِ في حقِّ نفسِه لا في صاحِبه فيُجْعَلُ مَحَلاًّ في حقِّ صاحِبه.

والدّليلُ على التّفرِقةِ بين الفصلَيْنِ أنّ الحُكمَ ههنا يختلِفُ بين أنْ يُسَمّيَ لكُلِّ واحدٍ منهما ثَمَنًا أو لا يُسَمّيَ، وهناك لا يختلِفُ دَلّ أنّ الفرقَ بينهما لما ذَكَرْنا.

وعلى هذا الخلافُ إذا جَمع بين شاةٍ ذَكيّةٍ، وبين مَتْروكِ التّسْميةِ عَمْدًا ثُمّ إذا جاز البيعُ في أحدِهما عندَهما، فهل [٥] يَثْبُتُ الخيارُ فيه؟

---

(١) في المخطوط: «والعاقدان».
(٢) في المخطوط: «سقوط».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زاد في المخطوط: «في الجملة صح قبول العقد فيه».
(٥) في المخطوط: «هل».

إنْ عَلِمَ بالحرامِ يَثْبُتْ [١]؛ لأنّ الصّفْقةَ تَفرّقَتْ عليه، وإنْ لم يعلم لا؛ لأنّه رَضِيَ بالتّفريقِ [٢]، واللّه - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

ومنها: أنْ يكونَ مَمْلوكًا. لأنّ البيعَ تمليكٌ فلا يَنْعَقِدُ فيما ليس بمَمْلوكٍ كمَنْ باعَ الكلأَ في أرضٍ مَمْلوكةٍ [له] [٣]، والماءَ الذي في نَهْرِه أو في بئْرِه؛ لأنّ الكلأ وإنْ كان في أرضٍ مَمْلوكةٍ فهو مُباحٌ، وكذلك الماءُ ما لم يوجدِ الإحرازُ.

قال النّبيُّ ﷺ: «النّاسُ شُركاءُ في ثلاث» [٤]، والشّركةُ العامّةُ هي الإباحةُ، وسَواءٌ خرج الكلأُ بماءِ السّماءِ من غيرِ مُؤْنةٍ أو ساقَ الماءَ إلى أرض [٥] ولحِقَه مُؤْنةٌ؛ لأنّ سَوْقَ الماءِ إليه ليس بإحرازٍ فلم يوجدْ سببُ الملكِ فيه فبقيَ مُباحًا كما كان، وكذا [٦] بيعُ الكمْأةِ، وبيعُ صَيْدٍ لم يوجدْ في أرضِه لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّه مُباحٌ غيرُ مَمْلوكٍ [٧] لانعِدامِ سبب الملكِ فيه، وكذا بيعُ الحطَب والحشيشِ والصُّيودِ التي في البراري، والطّيْرِ الذي لم يُصَدْ في الهَواءِ، والسّمَكِ الذي [٨] لم يوجدْ في الماءِ.

وَعلى هذا يُخَرّجُ بيعُ رِباعِ مَكّةَ، وإجارَتُها أنّه لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه ورُوِيَ عنه أنّه يجوزُ [٩]، وبه أخذ الشّافعيُّ رحمه الله [١٠] لعُموماتِ البيعِ من غيرِ فصلٍ بين أرضِ الحرَمِ، وغيرِها، ولأنّ الأصلَ في الأراضي كُلِّها أنْ تكونَ مَحَلًّا للتّمْليكِ إلاّ أنّه امتَنَعَ تَمَلُّكُ بعضِها شرعًا لعارِضِ الوقفِ كالمساجِدِ، ونحوِها، ولم يوجدْ في الحرَمِ فبقيَ مَحَلًّا للتّمْليكِ.

---

(١) في المخطوط: «ثبت». (٢) في المخطوط: «بالتفرق».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) ضعيف: أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٩٤)، من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل، رقم (١٥٥٢).

والصحيح هو قوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار»، والحديث أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب في منع الماء، برقم (٣٤٧٧)، وأحمد، برقم (٢٢٥٧٣)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٥٠) برقم (١١٦١٢)، والحارث في مسنده (٢/ ٦٥٣) برقم (٦٣١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٧) برقم (٢٣١٩٤) كل من طريقة أبي خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ، انظر مشكاة المصابيح، رقم (٣٠٠١).

(٥) في المخطوط: «أرضه». (٦) في المخطوط: «وكذلك».

(٧) في المخطوط: «مأكول». (٨) في المخطوط: «فيه».

(٩) انظر في مذهب الحنفية: الجامع الصغير (ص ٣٩٤)، أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٢٣٠).

(١٠) وفي بيان مذهب الشافعية: أراضي مكة ملك لأربابها. انظر: المجموع (٩/ ٢٦٩).

ولنا ما رُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله تعالى عنهما عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «إنّ اللّهَ - تبارَكَ وتعالى - حَرّمَ مَكّةَ يومَ خَلَقَها لم تَحِلّ لأحدٍ قَبْلي، ولا تَحِلُّ لأحدٍ بعدي، وإنّما أُحِلّتْ لي ساعةً من نَهارٍ لا يُخْتلى خَلاها، ولا يُعْضَدُ شَجَرُها، ولا يُنَفّرُ صَيدُها، ولا يُحْتَشُّ حشيشها» [1] أخبَرَ عليه الصلاة والسلام أنّ مَكّةَ حَرامٌ، وهي اسمٌ للبُقْعةِ، والحرامُ لا يكونُ مَحَلّاً للتّمْليكِ.

ورُوِيَ عن عبدِ اللّه ابنِ سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله تعالى عنهما عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «مَكّةُ حَرامٌ، وبيعُ رِباعِها حَرام» [2] وهذا نصٌّ في الباب، ولأنّ اللّهَ - تَبارَكَ وتعالى - وضَعَ للحَرَمِ حُرْمةً، وفَضيلةً، ولِذلك جَعَلَه - سبحانه وتعالى - مأمَنًا قال اللّه - تَبارَك وتعالى جَلّ شَأْنُه - [٣/ ٧١ب] ﴿أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾ [العنكبوت :٦٧] . فابتِذالُه بالبيعِ، والشِّراءِ، والتّمْليكِ، والتّمَلُّكِ امتِهانٌ [له] [3]، وهذا لا يجوزُ بخلافِ سائرِ الأراضي.

وقيلَ: إنّ بُقْعةَ مَكّةَ وقفٌ حَرَمُ سَيِّدِنا إبْراهيمَ عليه الصلاة والسلام ولا حُجّةَ في العُموماتِ؛ لأنّه خُصّ منها الحرَمُ بالحديثِ المشهورِ، ويجوزُ بيعُ بناءِ بُيوتِ مَكّةَ؛ [لأنّ الحرَمَ للبُقْعةِ لا للبناءِ.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنّه قال: كُرِهَ إجارةُ بُيوتِ مَكّةَ] [4] في الموسِمِ من الحاجِّ، والمُعْتَمِرِ، فأمّا من المُقيمِ [5] والمُجاوِرِ فلا بَأسَ بذلك، وهو قولُ محمّدٍ رحمه الله.

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الحج، باب: لا ينفر صيد الحرم، برقم (١٨٣٣)، ومسلم بنحوه، كتاب: الحج، باب: تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها، برقم (١٣٥٣)، وأبو داود، كتاب: المناسك، باب تحريم حرم مكة، برقم (٢٠١٧)، والنسائي، برقم (٢٨٩٢)، وأحمد، برقم (٢٢٧٩)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ١٩٥)، برقم (٩٧٢٥)، والطبراني في الكبير (١١/ ٣٣٥)، برقم (١١٩٢٧) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٧)، برقم (٢٢٣)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٥)، برقم (١٠٩٦٦)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٦١)، برقم (٢٣٢٧)، والديلمي في الفردوس (٤/ ١٧٣) برقم (٦٥٣٩) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «المعتمر».

وَيجوزُ بيعُ أراضي [1] الخراجِ، والقطيعةِ، والمُزارَعةِ، والإجارةِ، والإكارةِ، والمُرادُ من الخراجِ أرضُ سَوادِ العِراقِ التي فتَحَها سَيِّدُنا عُمَرُ رضي الله تعالى عنه؛ لأنّه مَنّ عليهم، وأقَرّهم على أراضيهم فكانت مُبْقاةً على ملكِهم فجاز لهم بيعُها وأرضُ القطيعةِ هي الأرضُ التي قَطَعَها [2] الإمامُ لقَوْمٍ، وخَصّهم بها فمَلَكوها بجُعْلِ الإمامِ لهم فيجوزُ بيعُها.

وأرضُ المُزارَعةِ أنْ يَدْفَعَ الإنسانُ أرضَه إلى مَنْ يَزْرَعُها، ويقومُ بها، وبهذا لا تخرُجُ عن كونِها مَمْلوكةً.

وأرضُ الإجارةِ هي الأرضُ التي يأخُذُها الإنسانُ من صاحِبها ليعمُرَها، ويَزْرَعَها.

وأرضُ الإكارةِ التي في أيدي الأكَرةِ فيجوزُ بيعُ هذه الأرضِ؛ لأنّها مَمْلوكةٌ لأصحابها.

وأمّا أرضُ المواتِ التي أحْياها رجلٌ بغيرِ إذنِ الإمامِ فلا يجوزُ بيعُها عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأنّها لا تُمْلَكُ بدونِ إذنِ الإمامِ، وعندَهما يجوزُ بيعُها؛ لأنّها تُمْلَكُ بنفسِ الإحياءِ، والمسألةُ تُذْكَرُ في كِتاب إحياءِ المواتِ.

وَذكرَ القُدوريُّ رحمه الله: أنّه لا يجوزُ بيعُ دورِ بَغْدادَ، وحَوانيتِ السّوقِ التي للسُّلْطانِ عليها غَلّةٌ؛ لأنّها ليستْ بمَمْلوكةٍ لما رُوِيَ أنّ المنصورَ أذِنَ للنّاسِ في بنائها، ولم يَجْعَلِ البُقْعةَ ملكًا لهم، والله - سبحانه وتعالى - أعلَمُ.

ومنها: وهو شرطُ انعِقادِ البيعِ للبائعِ أنْ يكونَ مَمْلوكًا للبائعِ عندَ البيعِ فإنْ لم يكنْ لا يَنْعَقِدْ، وإنْ مَلَكَه بعدَ ذلك بوَجْهٍ من الوجوه إلاّ السّلَمَ خاصّةً، وهذا بيعُ ما ليس عندَه ونَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن بيعِ ما ليس عندَ الإنسانِ [3]، ورَخّصَ في السّلَمِ.

ولو باعَ المغْصوبَ فضَمّنَه المالِكُ قيمَتَه نَفَذَ بيعُه؛ لأنّ سببَ الملكِ قد تَقَدّمَ فتَبيّنَ أنّه باعَ ملكَ نفسِه، وههنا تَأخّرَ سببُ الملكِ فيكونُ بائعًا ما ليس عندَه فدخلَ [4] تحت النّهيِ، والمُرادُ منه بيعُ ما ليس عندَه ملكًا؛ لأنّ قِصّةَ الحديثِ تَدُلُّ عليه فإنّه رُوِيَ أنّ حَكيمَ بنَ حِزامٍ كان يَبيعُ النّاسَ أشياءَ لا يملِكُها، ويأخُذُ الثّمَنَ منهم ثُمّ يدخلُ السّوقَ

---

(١) في المخطوط: «أرض».
(٢) في المخطوط: «أقطعها».
(٣) انظر الحديث الآتي.
(٤) في المخطوط: «فيدخل».

فيشتري، ويُسَلِّمَ إليهم فبَلَغَ ذلك رسول اللّه ﷺ فقال: «لا تَبِعْ ما ليس عندَك» [١]، ولأنّ بيعَ ما ليس عندَه بطريقِ الأصالةِ عن نفسِه [تمليكُ ما لا يملِكُه بطريقِ الأصالةِ، وأنّه مُحالٌ، وهو الشّرطُ فيما يَبيعُه بطريقِ الأصالةِ عن نفسِه] [٢].

فأمّا ما يَبيعُه بطريقِ النّيابةِ عن غيرِه، يُنْظَرُ إنْ كان البائعُ وكيلاً وكَفيلاً فيكونُ المبيعُ مَمْلوكًا للبائعِ ليس بشرطٍ، وإنْ كان فُضوليًّا فليس بشرطٍ للانعِقادِ عندَنا بل هو من شرائطِ النّفاذ فإنّ بيعَ الفُضوليِّ عندَنا مُنْعَقِدٌ [٣] موقوفٌ على إجازةِ المالِكِ، فإنْ أجاز نَفَذَ، وإنْ رَدّ بَطَلَ.

وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله هو شرطُ الانعِقادِ لا يَنْعَقِدُ بدونِه، وبيعُ الفُضوليِّ باطِلٌ عندَه، وسَيأتي [٤] إنْ شاء اللّه تعالى.

ومنها: أنْ يكونَ مقدورَ التّسْليمِ عندَ العقدِ، فإنْ كان معجوزَ التّسْليمِ عندَه لا يَنْعَقِدْ، وإنْ كان مَمْلوكًا له كبيعِ الآبقِ في جَوابِ ظاهرِ الرِّواياتِ حتّى لو ظَهَرَ يَحْتاجُ إلى تَجْديدِ الإيجاب والقبولِ إلاّ إذا تَراضَيا فيكونُ بيعًا مُبْتَدَأً بالتّعاطي فإنْ لم يتراضَيا [٥] وامتَنَعَ البائعُ من التّسْليمِ لا يُجْبَرُ على التّسْليمِ، ولو سَلّمَ وامتَنَعَ المُشْتَري من القبْضِ لا يُجْبَرُ على القبْضِ.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله أنّه يَنْعَقِدُ بيعُ الآبقِ حتّى لو ظَهَرَ وسُلِّمَ يجوزُ، ولا يَحْتاجُ إلى تَجْديدِ البيعِ إلاّ إذا كان القاضي فسَخَه بأنْ رَفَعَه المُشْتَري إلى القاضي فطالَبَه بالتّسْليمِ وعَجَزَ عن التّسْليمِ ففَسَخَ القاضي البيعَ بينهما ثُمّ ظَهَرَ العبدُ.

وجه قولِ الكرخي رحمه الله: أنّ الإباقَ لا يوجِبُ زوالَ الملكِ ألا تَرَى أنّه لو أعتقَه أو دَبّرَه يَنْفُذُ، ولو وهَبَه من ولدِه الصّغيرِ يجوزُ وكان ملكًا له فقد باعَ مالاً مَمْلوكًا له إلاّ أنّه لم

---

(١) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم (٣٥٠٣)، والترمذي، برقم (١٢٣٢)، والنسائي، برقم (٤٦١٣)، وابن ماجه، برقم (٢١٨٧)، وأحمد، برقم (١٤٨٨٧)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٦٧)، برقم (١٠٢٠٢)، والطبراني في الكبير (٣/ ١٩٤)، برقم (٣٠٩٧)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ١٩٣)، برقم (١٣٥٩)، وعبد الرازق في مصنفه (٨/ ٣٨) برقم (١٤٢١٢) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، انظر إرواء الغليل، رقم (١٢٩٢).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «ينعقد».

(٤) في المخطوط: «وستأتي المسألة».

(٥) في المخطوط: «يتراوضا».

يَنْفُذْ للحالِ للعَجْزِ عن التّسْليمِ فإنْ [١] سَلّمَ زالَ المانِعُ [فيَنْفُذُ، وصار كبيعِ المغْصوب الذي في يَدِ الغاصِب إذا باعَه المالِكُ لغيرِه أنّه يَنْعَقِدُ موقوفًا على التّسْليمِ] [٢] لما قُلْنا كذا هذا.

وجه ظاهرِ الروايات: أنّ القُدْرةَ على التّسْليمِ لذا العاقِدِ [٣] شرطُ انعِقادِ العقدِ؛ لأنّه لا يَنْعَقِدُ إلاّ لفائدةٍ، ولا يُفيدُ إذا لم يكنْ قادِرًا على التّسْليمِ، والعجْزُ عن التّسْليم ثابتٌ حالةَ [٤] العقدِ، وفي حُصولِ القُدْرةِ بعدَ ذلك شَكٌّ، واحتمالٌ قد يَحْصُلُ وقد لا يَحْصُلُ، وما لم يكنْ مُنْعَقِدًا بيَقينٍ لا يَنْعَقِدُ لفائدةٍ تحتَمِلُ الوجودَ والعدَمَ على الأصلِ المعهودِ أنّ ما لم يكنْ ثابتًا بيَقينٍ أنّه لا يَثْبُتُ بالشّكِّ والاحتمالِ بخلافِ ما [٣/ ٧٢أ] إذا أبَقَ بعدَ البيعِ قبل القبْضِ أنّه لا يَنْفَسِخُ؛ لأنّ القُدْرةَ على التّسْليم كانت ثابتةً كذا العقد فانعَقَدَ ثُمّ زالَتْ على وجهٍ يحتملُ عَوْدَها فيقعُ الشّكُّ في زوالِ المُنْعَقِدِ بيَقينٍ.

والثّابتُ باليقينِ لا يَزولُ بالشّكِّ فهو الفرقُ، بخلافِ بيعِ المغْصوب من غيرِ الغاصِب أنّه يَنْعَقِدُ موقوفًا على التّسْليمِ حتّى لو سَلّمَ يَنْفُذُ، ولأنّ هناك المالِكَ قادِرٌ على التّسْليمِ بقُدْرةِ السُّلْطانِ والقاضي وجَماعةِ المسلمينَ إلاّ أنّه لم يَنْفُذْ للحالِ لقيامِ يَدِ الغاصِب صورةً فإذا سَلّمَ زالَ المانِعُ فيَنْفُذُ بخلافِ الآبقِ؛ لأنّه معجوزُ التّسْليم على الإطلاقِ إذْ لا تَصِلُ إليه يَدُ أحدٍ لما أنّه لا يُعْرَفُ مَكانُه فكان العجْزُ مُتَقَرّرًا والقُدْرةُ مُحْتَمَلَةٌ موهومةٌ فلا يَنْعَقِدُ مع الاحتمالِ فأشبَهَ بيعُ الآبقِ بيعَ الطّيْرِ الذي لم يوجدْ في الهَواءِ، وبيعَ السّمَكِ الذي لم يوجدْ في الماءِ، وذلك باطِلٌ كذا هذا.

ولو جاءَ إنسانٌ إلى مولى العبدِ فقال: إنّ عبدَكَ عندَ فُلانٍ فبِعْه مِنّي، وأنا [٥] أقبِضُه منه فصَدّقَه، وباعَه منه لا يَنْفُذُ لما فيه من عُذْرِ القُدْرةِ على (القبْضِ لكنّه) [٦] يَنْعَقِدُ حتّى لو قَبَضَه يَنْفُذُ بخلافِ الفصلِ المُتَقَدّمِ؛ لأنّ القُدْرةَ على القبْضِ ههنا ثابتةٌ في زَعْمِ المُشْتَري إلاّ أنّ احتمالَ المنعِ قائمٌ فانعَقَدَ موقوفًا على قَبْضِه، فإذا قَبَضَه تَحقّقَ ما زَعَمَه فيَنْفُذُ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ العجْزَ عن التّسْليمِ للحالِ مُتحقّقٌ فيمْنَعُ الانعِقادَ.

---

(١) في المخطوط: «فإذا».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «العقد».
(٤) في المخطوط: «حال».
(٥) في المخطوط: «فأنا».
(٦) في المخطوط: «التسليم لكونه».

ولو أخذه رجلٌ فجاءَ إلى مولاه فاشتَراه منه جاز الشِّراءُ؛ لأنّ المانِعَ هو العجْزُ عن التّسْليمِ، ولم يوجدْ في حقِّه، وهذا البيعُ لا يدخلُ تحت النّهيِ؛ لأنّ النّهيَ عن بيعِ الآبقِ، وهذا ليس بآبقٍ في حقِّه ثُمّ إذا اشترى منه لا يَخْلو: إمّا أنْ أحْضَرَ العبدَ مع نفسِه، وإمّا أنْ لم يُحْضِرْه فإنْ أحْضَرَه صار قابضًا له عَقيبَ العقدِ بلا فصلٍ، وإنْ لم يُحْضِرْه مع نفسِه، يُنْظَرُ إنْ كان أخذه ليَرُدّه على صاحِبه، وأشهَدَ على ذلك لا يصيرُ قابضًا له ما لم يصِلْ إليه؛ لأنّ قَبْضَه قَبْضُ أمانةٍ، وقَبْضُ الأمانةِ لا يَنوبُ عن قَبْضِ الضّمانِ فلا بُدّ من التّجْديدِ بالوُصولِ إليه حتّى لو هَلَكَ العبدُ قبل الوُصولِ [إليه] (١) يَهْلِكُ على البائعِ، ويَبْطُلُ العقدُ؛ لأنّه مَبيعٌ هَلَكَ قبل القبْضِ.

وإذا وصَلَ إليه صار قابضًا له بنفسِ الوُصولِ [إليه] (٢)، ولا يُشْتَرَطُ القبْضُ بالبراجِمِ (٣)؛ لأنّ معنى القبْضِ هو التّمْكينُ (٤)، والتّخَلّي، وارْتِفاعُ الموانِعِ عُرْفًا وعادةً حقيقةً، وإنْ كان أخذه لنفسِه لا ليَرُدّه على صاحِبه صار قابضًا له عَقيبَ العقدِ بلا فصلٍ حتّى لو هَلَكَ قبل الوُصولِ إليه يَهْلِكُ على المُشْتَري؛ لأنّ قَبْضَه قَبْضُ ضَمانٍ، وقَبْضُ الشِّراءِ أيضًا قَبْضُ الضّمانِ فتَجانَسَ القبْضانِ فتَناوَبا.

ولو (٥) كان أخذه ليَرُدّه، ولكنّه لم يُشْهِدْ على ذلك فهو على الاختلافِ المعروفِ بين أبي حنيفةَ، وصاحِبيه عندَ أبي حنيفةَ - عليه الرّحمةُ - يصيرُ قابضًا له عَقيبَ العقدِ؛ لأنّ هذا قَبْضُ ضَمانٍ عندَه، وعندَهما لا يصيرُ قابضًا إلاّ بعدَ الوُصولِ إليه؛ لأنّ هذا قَبْضُ أمانةٍ عندَهما، وهي من مسائلِ كِتاب الإباقِ واللُّقَطةِ.

وَعلى هذا بيعُ الطّائرِ الذي كان في يَدِه، وطارَ (٦) أنّه لا يَنْعَقِدُ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وعلى قياسِ ما ذَكَرَه الشّافعيُّ رحمه الله يَنْعَقِدُ، وعلى هذا بيعُ السّمَكةِ التي أخذها ثُمّ ألقاها في حَظيرةٍ سَواءٌ استَطاعَ الخُروجَ عنها أو لا بعدَ أنْ كان لا يُمْكِنُه أخذُها بدونِ الاصْطيادِ، وإنْ كان يُمْكِنُه أخذُها من غيرِ اصْطيادٍ يجوزُ بيعُها بلا خلافٍ؛ لأنّه مقدورُ التّسْليمِ كذا البيعُ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بالتزاحم».
(٤) في المخطوط: «التمكن».
(٥) في المخطوط: «وإن».
(٦) في المخطوط: «فطار».

وعلى هذا [أيضًا] (١) يَخْرُجُ بيعُ اللّبَنِ في الضّرْعِ؛ لأنّ اللّبَنَ لا يَجْتَمِعُ في الضّرْعِ دَفْعةً واحدةً بل شيئًا فشيئًا فيختلِطَ المبيعُ بغيرِه على وجهٍ يتعَذّرُ التّمْييزُ بينهما فكان المبيعُ معجوزَ التّسْليمِ عندَ البيعِ فلا يَنْعَقِدُ.

وكذا بيعُ الصّوفِ على ظَهْرِ الغنَمِ في ظاهرِ الرّوايةِ؛ لأنّه يَنْمو ساعةً فساعةً فيختلِطُ الموجودُ عندَ العقدِ بالحادِثِ بعدَه على وجهٍ لا يُمْكِنُ التّمْييزُ بينهما فصار معجوزَ التّسْليمِ بالجزِّ والنّتْفِ واستخراجِ أصلِه، وهو غيرُ مُسْتَحقٍّ بالعقدِ.

ورُوِيَ عن ابنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه نَهَى عن بيعِ الصّوفِ على ظَهْرِ الغنَمِ (٢).

ورُوِيَ عن أبي [يوسُفَ] (٣) أنّه جَوّزَ بيعَه، والصُّلْحَ عليه؛ لأنّه يجوزُ جَزُّه قبل الذّبْحِ فيجوزُ بيعُه كبيعِ القصيلِ في الأرضِ.

ووَجْه الفرقِ بين القصيلِ والصّوفِ لظاهرِ الرّوايةِ: أنّ الصّوفَ لا يُمْكِنُ جَزُّه من أصلِه من غيرِ ضَرَرٍ يَلْحقُ الشّاةَ بخلافِ [٣/ ٧٢ب] القصيلِ، وَلا يَنْعَقِدُ بيعُ الدّيْنِ من غيرِ مَنْ عليه الدّيْنُ؛ لأنّ الدّيْنَ إمّا أنْ يكونَ عِبارةً عن مالٍ حُكميٍّ في الذّمّةِ، وإمّا أنْ يكونَ عِبارةً عن فعلِ تمليكِ المالِ وتَسْليمِه، وكُلُّ ذلك غيرُ مقدورِ التّسْليمِ في حقِّ البائعِ.

ولو شرَطَ التّسْليمَ على المديونِ لا يصحُّ أيضًا؛ لأنّه شرَطَ التّسْليمَ على غيرِ البائعِ فيكونُ شرطًا فاسِدًا فيَفْسُدُ البيعُ، ويجوزُ بيعُه مِمّنْ عليه؛ لأنّ المانِعَ [هو] (٤) العجْزُ عن التّسْليمِ، ولا حاجةَ إلى التّسْليمِ ههنا، ونَظيرُ بيعِ المغْصوب أنّه يصحُّ من الغاصِبِ، ولا يصحُّ من غيرِه إذا كان الغاصِبُ مُنْكِرًا، ولا بيِّنةَ للمالِكِ، وَلا يجوزُ بيعُ (٥) المُسْلَمِ فيه؛ لأنّ المُسْلَمَ فيه مَبيعٌ، ولا يجوزُ بيعُ المبيعِ قبل القبْضِ، وهل يجوزُ بيعُ المُجمّدِ؟ فنَقولُ: لا خلافَ في أنّه إذا سَلّمَ المُجمّدةَ أوّلاً إلى المُشْتَري أنّه يجوزُ، أمّا إذا باعَ ثُمّ سَلّمَ:

قال بعضُ مَشايِخِنا: لا يجوزُ؛ لأنّه إلى أنْ يُسَلِّمَ بعضَه يَذوبُ فلا يقدِرُ على تَسْليمِ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط»، (٤/ ١٠١)، برقم (٣٧٠٨)، وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٠٢): رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «في».

جميعِهِ إلى المُشْتَرِي، وقال بعضُهم: يجوزُ، وقال الفقيه أبو جَعْفَرٍ الهِنْدوانيُّ رحمه الله: إذا باعَه، وسَلّمَه من يومِهِ ذلك يجوزُ، وإنْ سَلّمَه بعدَ أيّامٍ لا يجوزُ، وبه أخذ الفقيه أبو الليثِ عليه الرّحمةُ؛ لأنّه في اليومِ لا يَنْقُصُ نُقْصانًا له حِصّةٌ من الثّمَنِ، وأمّا الذي يرجعُ إلى النّفاذِ فنوعانِ:

أحدُهما: الملكُ أو الوِلايةُ أمّا الملكُ: فهو أنْ يكونَ المبيعُ مَمْلوكًا للبائعِ فلا يَنْفُذُ بيعُ الفُضوليِّ لانعِدامِ الملكِ، والوِلايةِ لكنّه يَنْعَقِدُ موقوفًا على إجازةِ المالِكِ، وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله هو شرطُ الانعِقادِ أيضًا حتّى لا يَنْعَقِدُ بدونِه، وأصلُ هذا أنّ تَصَرُّفاتِ الفُضوليِّ التي لها مُجيزٌ حالةَ العقدِ مُنْعَقِدةٌ موقوفةٌ على إجازةِ المُجيزِ من البيعِ، والإجارةِ، والنّكاحِ، والطّلاقِ، ونحوِها فإنْ أجاز يَنْفُذْ، وإلاّ فيَبْطُلُ [١]، وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله تَصَرُّفاتُه باطِلةٌ [٢].

وَجْهُ قولِ الشّافعيِّ رحمه الله: أنّ صحّةَ التّصَرُّفاتِ الشّرعيّةِ بالملكِ [أو بالوِلايةِ، ولم يوجدْ أحدُهما فلا تَصحّ، وهذا؛ لأنّ صحّةَ التّصَرُّفِ الشّرعيِّ هو اعتِبارُه في حقِّ الحُكمِ] [٣] الذي وُضِعَ له شرعًا لا يُعْقَلُ للصِّحّةِ معنًى سِوَى هذا.

فأمّا الكلامُ الذي لا حُكمَ له لا يكونُ صحيحًا شرعًا: والحُكمُ الذي وُضِعَ له البيعُ شرعًا وهو الملكُ لا يَثْبُتُ حالَ وجودِه لعَدَمِ شرطِه، وهو الملكُ أو الوِلايةُ فلم يصحّ، ولهذا لم يصحّ شراؤُه فكذا بيعُه.

ولنا عُموماتُ البيعِ من نحوِ قولِه - تَبارَكَ وتعالى - ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقولِه - عَزّ شأنُه -: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠] شرَعَ - سبحانه وتعالى - البيعَ والشِّراءَ

---

(١) **انظر في مذهب الحنفية:** شرح فتح القدير (٧/ ٥١)، الاختيار (٢/ ١٧)، البناية (٧/ ٤٠٠)، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٣٠٥ - ٣٠٨)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ٢٣٦).

(٢) **وفي بيان مذهب الشافعية:** أنه لا يجوز بيع ملك الغير بلا إذن أو ولاية على المذهب الجديد، وفي القديم: أن هذه البيع ينعقد موقوفًا على إجازة المالك فإن أجازه نفذ، وإلا ألغي. انظر: الأم (٣/ ٢٢)، الروضة (٣/ ٣٥٥)، المجموع (٩/ ٣١٢)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (١/ ١٥٩).

(٣) ليست في المخطوط.

والتِّجارةَ وابتِغاءَ الفضْلِ من غيرِ فصلٍ بين ما إذا وُجِدَ من المالِكِ بطريقِ الأصالةِ، وبين ما إذا وُجِدَ من الوكيلِ (١) في الابتِداءِ، أو بين ما إذا وُجِدَتِ الإجارةُ من المالِكِ في الانتِهاءِ وبين وجودِ الرِّضا في التِّجارةِ عندَ العقدِ أو بعدَه فيجبُ العمَلُ بإطلاقِها إلاّ ما خُصَّ بدَليلٍ.

ورُوِيَ عن النبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه دَفَعَ دينارًا إلى حَكيمِ بنِ حِزامٍ رضي الله عنه وأمره أنْ يشتريَ له أُضْحيّةً فاشترى شاتَيْنِ، ثُمّ باعَ إحداهما بدينارٍ، وجاءَ بدينارٍ وشاةٍ إلى النّبيِّ عليه الصلاة والسلام فدَعا له بالبرَكةِ، وقال عليه الصلاة والسلام: «بارَكَ اللّه في صَفقةِ يمينِكَ» (٢).

ومعلومٌ أنّه لم يكنْ حَكيمٌ مأمورًا ببيعِ الشّاةِ فلو لم يَنْعَقِدْ تَصرُّفُه لَما باعَ، ولما دَعا له رسولُ اللّه ﷺ بالخيْرِ والبرَكةِ على ما فعَلَ، ولأنْكرَ عليه؛ لأنّ الباطِلَ يُنْكَرُ، ولأنّ تَصرُّفَ العاقِلِ محمولٌ على الوجه الأحْسَنِ ما أمكَنَ، وقد أمكَنَ حَمْلُه على الأحْسَنِ ههنا، وقد قَصَدَ البرّ به والإحسانَ إليه بالإعانةِ على ما هو [خَيْرٌ] (٣) للمالِكِ في زَعْمِه لعلمِه بحاجَتِه إلى ذلك لكنْ لم يتبيّنْ إلى هذه الحالةِ لموانِعَ، وقد يَغْلِبُ على ظَنِّه زوالُ المانِعِ فأقدَمَ عليه نَظَرًا لصَديقِه، وإحسانًا إليه لبيانِ المحمَدةِ والثّناءِ لتُحمَلَ مُؤْنةُ مُباشرةِ التّصَرُّفِ الذي هو مُحْتاجٌ إليه والثّوابُ من اللّه - عَزّ وجَلّ - بالإعانةِ على البرِّ والإحسانِ.

قال اللّه تَبارَكَ وتعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وقال تعالى جَلّ شأنُه: ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٥] إلاّ أنّ في هذه التّصرُّفاتِ ضَررًا في الجملةِ؛ لأنّ للنّاسِ رَغائبَ في الأعيانِ، وقد يُقْدِمُ الرّجُلُ على شيءٍ ظَهَرَتْ له الحاجةُ عنه بإزالَتِه عن ملكِه لحُصولِ غَرَضِه بدونِ ذلك ونحو ذلك فيتوَقّفُ (٤) على إجازةِ المالِكِ حتّى لو كان الأمرُ على ما ظَنّه مُباشرَ التّصرُّفِ إجازةً وحَصَلَ له النّفعُ من جِهَتِه، فيَنالُ الثّوابَ والثّناءَ وإلاّ فلا يُجيزُه [٣/ ١٧٣أ]، ويُثْني عليه بقَصْدِ الإحسانِ وإيصالِ النّفعِ إليه فلا يجوزُ القولُ بإهْدارِ هذا التّصَرُّفِ، وإلْحاقُ كلامِه، وقَصْدُه بكَلامِ المجانينِ، وقَصْدِهم مع نَدْب اللّه -

---

(١) في المخطوط: «الموكل».
(٢) صحيح: سبق تخريجه.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فيوقف».

عَزّ وجَلّ - إلى ذلك، وحَثّه عليه لما تَلونا من الآياتِ.

وقوله: صحّةُ التّصَرُّفِ عِبارةٌ عن اعتِبارِه في حقِّ الحُكمِ.

قلنا: نَعَم، وعندَنا هذا التّصَرُّفُ مُفيدٌ في الجملةِ، وهو ثُبوتُ الملكِ فيما يتضَرّرُ المالِكُ بزوالِه موقوفًا على الإجازةِ إمّا من كُلِّ وجهٍ أو من بوَجْهٍ لكنْ لا يَظْهَرُ شيءٌ من ذلك عندَ العقدِ، وإنّما يَظْهَرُ عندَ الإجازةِ، وهو تَفْسيرُ التّوَقُّفِ عندَنا أنْ يتوَقّفَ في الجواب في الحالِ أنّه صَحيحٌ في حقِّ الحُكمِ أم لا، ولا يقطَعُ القول به للحالِ، ولكنْ [(١)] يقطَعُ القول بصحّتِه عندَ الإجازةِ، وهذا جائزٌ، وله نَظائرُ في الشّرعِ، وهو البيعُ بشرطِ الخيارِ للبائعِ أو المُشْتَري على ما عُرِفَ.

وأمّا شراءُ الفُضوليّ ففيه تَفْصيلٌ نَذْكُرُه إنْ شاء اللّه تعالى في موضِعِه، ثُمّ الإجازةُ إنّما تَلْحقُ تَصَرُّفَ الفُضوليّ عندَنا بشرائطَ.

منها: أنْ يكونَ له مُجيزٌ عندَ وجودِه فما لا مُجيزَ له عندَ وجودِه لا تَلْحقُه الإجازةُ؛ لأنّ ما له مُجيزٌ مُتَصَوّرٌ منه الإذنُ للحالِ، [و] [(٢)] بعدَ وجودِ التّصَرُّفِ، فكان الانعِقادُ [(٣)] عندَ الإذنِ القائمِ مُفيدًا فيَنْعَقِدُ، وما لا مُجيزَ له لا يُتَصَوّرُ الإذنُ به للحالِ، والإذنُ في المُسْتقبَلِ قد يَحْدُثُ، وقد لا يَحْدُثُ فإنْ حَدَثَ كان الانعِقادُ مُفيدًا، وإنْ لم يَحْدُثْ لم يكنْ مُفيدًا فلا يَنْعَقِدُ مع الشّكِّ في حُصولِ الفائدةِ على الأصلِ المعهودِ أنّ ما لم يكنْ ثابتًا بيَقينٍ لا يَثْبُتُ مع الشّكِّ، وإذا لم يَنْعَقِدْ لا تَلْحقُه الإجازةُ؛ لأنّ الإجازةَ للمُنْعَقِدِ.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا طَلّقَ الفُضوليُّ امرأةَ البالِغِ، أو أعتَقَ عبدَه أو وَهَبَ مالَه أو تَصَدّقَ به أنّه يَنْعَقِدُ موقوفًا على الإجازةِ؛ لأنّ البالِغَ يملِكُ هذه التّصَرُّفاتِ بنفسِه فكان لها مُجيزًا حالَ وجودِها فتوقف على إجازةِ المالِكِ، وبمثلِه لو فعَلَ ذلك على الصّبيِّ لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ الصّبيّ ليس من أهلِ هذه التّصَرُّفاتِ بنفسِه.

ألا تَرَى لو فعَلَ ذلك بنفسِه لا تَنْعَقِدُ [(٤)]؟ فلم يكنْ لها مُجيزٌ حالَ وجودِها فلم تَنْعَقِدْ، وَكذلك الصّبيُّ المحجورُ [عليه] [(٥)] إذا باعَ مالَ نفسِه أو اشترى أو تزوّجَ امرأةً أو زوّجَ

---

(١) في المخطوط: «بل».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الانعقاد للحال لينفذ».
(٤) في المخطوط: «ينعقد».
(٥) ليست في المخطوط.

أَمَتَه أو كاتَبَ عبدَه أو فعَلَ بنفسِه ما لو فعَلَ عليه وليُّه لَجاز عليه يتوَقّفُ على إجازةِ وليِّه ما دامَ صَغيرًا أو [١] على إجازَتِه بنفسِه بعدَ البُلوغِ إنْ لم يوجدْ من وليِّه في حالِ صِغَرِه حتّى لو بَلَغَ الصّبيُّ قبل إجازةِ الوليِّ فأجاز بنفسِه جاز، ولا يتوَقّفُ على نفسِ البُلوغِ من غيرِ إجازةٍ؛ لأنّ هذه التّصَرُّفاتِ لها مُجيزٌ حالَ وجودِها.

ألا تَرَى [أنّه] [٢] لو فعَلَها وليُّه جازَتْ فاحتُمِلَ التّوَقُّفُ على الإجازةِ، وإنّما يتوَقّفُ على إجازَتِه بنفسِه أيضًا بعدَ البُلوغِ كما يتوَقّفُ على إجازةِ وليِّه في حالِ صِغَرِه؛ لأنّه لَمّا بَلَغَ فقد مَلَكَ الإنْشاء فأولى أنْ يملِكَ الإجازةَ، ولأنّ ولايته على نفسِه فوْقَ ولايةِ وليِّه عليه في حالِ صِغَرِه فلَمّا جاز بإجازةِ وليِّه فلأنْ يجوزَ بإجازةِ نفسِه أولى، ولا يجوزُ بمُجَرّدِ البُلوغِ؛ لأنّ الإجازةَ لها حُكمُ الإنْشاءِ من وجهٍ، وأنّه فعلُ فاعِلٍ مُخْتارٍ، والبُلوغُ ليس صُنْعَه، فلا يعقِلُ إجازةً.

وكذا إذا وكّلَ الصّبيُّ وكيلًا بهذه التّصَرُّفاتِ، ففعل الوكيلُ قبل بُلوغ الصّبيِّ أو بعدَه تَوَقّفَ [٣] على إجازَتِه بعدَ البُلوغِ إلاّ التّوْكيلَ بالشِّراءِ فإنّه لا يتوَقّفُ بل يَنْفُذُ على الوكيلِ؛ لأنّ الشِّراءَ وجَدَ نَفاذًا على الوكيلِ فلا يتوَقّفُ إلاّ إذا بَلَغَ الصّبيُّ قبل أنْ يشتريَ الوكيلُ فأجاز التّوْكيلَ، ثُمّ اشترى الوكيلُ بعدَ ذلك فيكونَ الشِّراءُ للصّبيِّ لا للوَكيلِ؛ لأنّ إجازةَ الوكالةِ منه بعدَ البُلوغِ بمنزلةِ إنْشاءِ التّوْكيلِ.

ولو وكّلَه ابتِداءً لَكان الشِّراءُ له لا للوَكيلِ كذا هذا، وبمثلِه إذا طَلّقَ الصّبيُّ امرأتَه أو خالَعَها أو أعتَقَ عبدَه على غيرِ مالٍ أو على مالٍ أو وهَبَ مالَه أو تَصَدّقَ به أو زوّجَ عبدَه امرأةً أو باعَ مالَه بمُحاباةٍ أو اشترى شيئًا بأكثَرَ من قيمَتِه قدرَ ما لا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه عادةً أو غيرِ ذلك من التّصَرُّفاتِ مِمّا لو فعَلَه وليُّه في حالِ صِغَرِه لا يجوزُ عليه لا يَنْعَقِدُ حتّى لو أجاز وليُّه أو الصّبيُّ بعدَ البُلوغِ لا يجوزُ؛ لأنّ هذه التّصَرُّفاتِ ليس لها مُجيزٌ حالَ وجودِها، فلا تحتَمِلُ التّوَقُّفَ [٣/ ٧٣ب] على الإجازةِ، إلاّ إذا أجازَه الصّبيُّ بعدَ البُلوغِ بلفظٍ يصْلُحُ للإنْشاءِ بأنْ يقول بعدَ البُلوغِ: أوقَعْتُ ذلك الطّلاقَ، أو ذلك العتاقَ فيجوزَ، ويكونَ ذلك إنْشاء لا إجازة ولو وكّلَ الصّبيُّ وكيلًا بهذه التّصَرُّفاتِ، ففعل الوكيلُ يُنْظَرُ،

---

(١) في المخطوط: «و».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «يوقف».

إنْ فعَلَ قبل البُلوغِ لا يتوقّفْ، وهو باطِلٌ؛ لأنّ فعلَ الوكيلِ كفعلِ الموكِّلِ، ولو فعَلَ الصّبيُّ بنفسِه لا يتوقَّفُ، فكذا إذا فعلَه [1] الوكيلُ.

وإنْ فعَلَ بعدَ البُلوغِ يتوقّفْ على إجازَتِه بمنزلةِ الفُضوليِّ على البائع، وإنْ بَلَغَ الصّبيُّ فأجاز التّوْكيلَ بعدَ البُلوغِ قبل أنْ يفعلَ الوكيلُ شيئًا ثُمّ فعَلَ جاز؛ لأنّ إجازةَ التّوْكيلِ منه بمنزلةِ إنْشائه، وكذا وصيّةُ الصّبيِّ لا تَنْعَقِدُ؛ لأنّها تَصرُّفٌ لا مُجيزَ له حالَ وجودِه.

ألا تَرَى أنّه لو فعَلَ الوليُّ لا يجوزُ عليه؟ فلا يتوقّفُ، وسَواءٌ أطْلَقَ الوصيّةَ أو أضافَها إلى حالِ البُلوغِ؛ لما قُلْنا حتّى لو أوصَى ثُمّ مات قبل البُلوغِ، أو بعدَه لا تجوزُ وصيّتُه إلاّ إذا بَلَغَ، وأجاز تلك الوصيّةَ بعدَ البُلوغِ فتجوزُ؛ لأنّ الإجازةَ منه بمنزلةِ إنْشاءِ الوصيّةِ، ولو أنْشأ الوصيّةَ بعدَ البُلوغِ صَحّ كذا هذا.

وَعلى هذا تَصرُّفُ المُكاتَبِ والعبدِ المأذونِ أنّ ما له مُجيزٌ حالَ وجودِه يتوقّفُ على إجازةِ المولى، وما لا مُجيزَ له حالةَ [2] وجودِه يَبْطُلُ، ولا يتوقّفُ لما ذَكَرْنا من الفقه إلاّ أنّ بين المُكاتَبِ والعبدِ المأذونِ، والصّبيِّ فرقًا من وجهٍ، وهو أنّ المُكاتَبَ أو المأذونَ إذا فعَلَ ما يتوقّفُ [3] على الإجازةِ بأنْ زوّجَ نفسَه امرأةً ثُمّ عَتَقَ يَنْفُذُ بنفسِ الإعتاقِ، وفي الصّبيِّ لا يَنْفُذُ بنفسِ البُلوغِ ما لم توجَدِ الإجازةُ.

ووَجه الفرقِ: أنّ العبدَ بعدَ الإذنِ يتصرّفُ بمالِكيّةِ نفسِه على ما عَرَفَ، فكان يَنْبَغي أنْ يَنْفُذَ للحالِ، إلاّ أنّه تَوقّفَ لحقِّ المولى، فإذا عَتَقَ فقد زالَ المانِعُ فنَفَذَ، بخلافِ الصّبيِّ فإنّ في أهليّتِه قُصورًا لقُصورِ عقلِه فانعَقَدَ موقوفًا على الإجازةِ، والبُلوغُ ليس بإجازةٍ على ما مَرّ.

وأمّا حُكمُ شراءِ الفُضولي: فجملةُ الكلامِ فيه أنّ الفُضوليّ إذا اشترى شيئًا لغيرِه فلا يَخْلو إمّا أنْ أضافَ العقدَ إلى نفسِه، وإمّا أنْ أضافَه إلى الذي اشترى له فإنْ أضافَه إلى نفسِه كان المُشْتَرَى له سَواءٌ وُجِدَتِ الإجازةُ من الذي اشترى له أو لم توجَدْ؛ لأنّ الشِّراءَ إذا وجَدَ نَفاذًا على العاقِدِ نَفَذَ عليه، ولا يتوَقّفُ؛ لأنّ الأصلَ أنْ يكونَ تَصرُّفَ الإنسانِ لنفسِه لا لغيرِه.

---

(١) في المخطوط: «فعل».

(٢) في المخطوط: «حال».

(٣) في المخطوط: «توقف».

قال اللّه - تعالى عَزّ من قائلٍ - ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ﴾ [البقرة:١٣٤] . وقال - عَزّ من قائلٍ - ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] ، وشراءُ الفُضوليّ كسْبُه حقيقةً ، فالأصلُ أنْ يكونَ له إلاّ إذا جَعَلَه لغيرِه أو لم يجدْ نَفاذًا عليه لعَدَمِ الأهليّةِ فيتوَقّفَ على إجازةِ الذي اشترى له بأنْ كان الفُضوليُّ صَبيًّا محجورًا أو عبدًا محجورًا فاشترى لغيرِه يتوَقّفُ على إجازةِ ذلك الغيرِ ؛ لأنّ الشّراءَ لم يجدْ نَفاذًا عليه فيتوَقّفَ على إجازةِ الذي اشترى له ضَرورةً فإنْ أجاز نَفَذَ، وكانتِ العُهْدةُ عليه لا عليهما ؛ لأنّهما لَيْسا من أهلِ لُزومِ العُهْدةِ، وإنْ أضافَ العقدَ إلى الذي اشترى له بأنْ قال الفُضوليُّ للبائعِ : بعْ عبدَكَ هذا من فُلانٍ بكذا، فقال : بعْتُ، وقَبلَ الفُضوليُّ البيعَ فيه لأجلِ فُلانٍ أو قال البائعُ : بعْتُ هذا العبدَ من فُلانٍ بكذا، وقَبلَ المُشْتَري الشِّراءَ منه لأجلِ فُلانٍ فإنّه يتوَقّفُ على إجازةِ المُشْتَري له ؛ لأنّ تَصَرُّفَ الإنسانِ، وإنْ كان له على اعتِبارِ الأصلِ إلاّ أنّ له أنْ يَجْعَلَه لغيرِه بحقِّ الوكالةِ، وغيرِ ذلك، وههنا جَعَلَه لغيرِه فيَنْعَقِدُ موقوفًا على إجازَتِه .

ولو قال الفُضوليُّ للبائعِ: اشتريْتُ منكَ هذا العبدَ بكذا لأجلِ فُلانٍ، فقال : بعْتُ أو قال البائعُ للفُضوليِّ : بعْتُ منكَ هذا العبدَ بكذا لفُلانٍ [١] فقال : اشتريْتُ لا يتوَقّفُ، ويَنْفُذُ الشِّراءُ عليه ؛ لأنّه لم توجَدِ الإضافةُ إلى فُلانٍ في الإيجاب والقبولِ، وإنّما وُجِدَتْ في أحدِهما، وأحدُهما شَطْرُ العقدِ فلا يتوَقّفُ لما ذَكَرْنا أنّ الأصلَ أنْ لا يتوَقّفَ، وإنّما تَوَقّفَ لضَرورةِ الإضافةِ من الجانِبينِ فإذا لم يوجدْ يجبُ العمَلُ بالأصلِ .

وهذا بخلافِ الوكيلِ بالشِّراءِ أنّه إذا اشترى شيئًا يقعُ شراؤُه للموَكِّلِ، وإنْ أضافَ العقدَ إلى نفسِه لا إلى الموَكِّلِ ؛ لأنّه لَمّا أمره بالشِّراءِ فقد أنابَه مَنابَ [٣/ ٧٤أ] نفسِه فكان تَصَرُّفُ الوكيلِ كتَصَرُّفِه بنفسِه، ولو اشترى بنفسِه كان المُشْتَرَى [له] [٢] كذا هذا، واللّه - تعالى أعلَمُ - .

ولو اشترى الفُضوليُّ شيئًا لغيرِه، ولم يُضِفِ المُشْتَرَى إلى غيرِه حتّى لو كان الشِّراءُ له فظَنّ المُشْتَري، والمُشْتَرَى له أنّ المُشْتَرَى يكونُ للمُشْتَرَى له فسَلّمَ إليه بعدَ القبْضِ بالثّمَنِ الذي اشتَراه به، وقَبلَ المُشْتَرَى له صَحّ ذلك، ويُجْعَلُ ذلك تَوْليةً كأنّه ولاّه منه بما

---

(١) في المخطوط : «لأجل فلان».

(٢) ليست في المخطوط .

اشترى، ولو عَلِمَ المُشْتَري بعدَ ذلك أنّ الشِّراءَ نَفَذَ عليه [والمُشْتَرَى له] (١) فأرادَ أنْ يَسْتَرِدّ من صاحِبه بغيرِ رِضاه لم يكنْ له ذلك؛ لأنّ التّوْليةَ منه قد صَحّتْ، فلا يملِكُ الرُّجوعَ كمَنِ اشترى مَنْقولاً، فطَلَبَ جارُه الشُّفْعةَ، فظَنّ المُشْتَري أنّ له شَفَعةً فسَلّمَ إليه، ثُمّ أرادَ أحدُهما أنْ يَنْقُضَ ذلك من غيرِ رِضا الآخَرِ لم يكنْ له ذلك؛ لأنّه لَمّا سَلّمَ إليه صار ذلك بيعًا بينهما.

ولو اختلَفا فقال المُشْتَرَى له: كُنْتُ أمرتُكَ بالشِّراءِ، وقال المُشْتَري: اشتريْتُه لَكَ بغيرِ أمركَ فالقولُ قولُ المُشْتَرَى له؛ لأنّ المُشْتَري لَمّا قال: اشتريْتُه لَكَ كان ذلك إقرارًا منه بأنّه اشتَراه بأمرِه؛ لأنّ الشِّراءَ له لا يكونُ إلاّ بأمرِه عادةً فكان القولُ قوله ثُمّ إنْ أخذه بقضاءِ القاضي لا يَحِلّ له ذلك إلاّ إذا كان صادِقًا في كلامِه فيما بينه وبين اللّه - جَلّ شَأنُه - وإنْ أخذه بغيرِ قضاءٍ طابَ له؛ لأنّه أخذه بِرِضاه فصار ذلك بيعًا منهما بتَراضيهما.

ومنها: قيامُ البائعِ والمُشْتَري حتّى لو هَلَكَ أحدُهما قبل الإجازةِ من المالِكِ لا تَلْحقُه الإجازةُ.

ومنها: قيامُ المالِكِ حتّى لو هَلَكَ المالِكُ قبل إجازَتِه لا يجوزُ بإجازةِ ورَثَتِه.

ومنها: قيامُ المبيعِ حتّى لو هَلَكَ قبل إجازةِ المالِكِ لا يجوزُ بإجازةِ المالِكِ غيرَ أنّه إنْ هَلَكَ في يَدِ المالِكِ يملِك بغيرِ شيءٍ، وإنْ هَلَكَ بعدَ التّسْليمِ إلى المُشْتَري فالمالِكُ بالخيارِ إنْ شاء ضَمّنَ البائعَ، وإنْ شاء ضَمّنَ المُشْتَريَ لوجودِ سبب [وجوب] (٢) الضّمانِ من كُلِّ واحدٍ منهما، وهو التّسْليمُ من البائعِ والقبْضُ من المُشْتَري؛ لأنّ تَسْليمَ مالِ الغيرِ وقَبْضَه بغيرِ إذنِ صاحِبه كُلُّ واحدٍ منهما سببٌ لوجوب الضّمانِ، وأيُّهما اختارَ تَضْمينَه بَرِئَ الآخَرُ، ولا سبيلَ عليه بحالٍ؛ لأنّه لَمّا ضَمِنَ أحدُهما فقد مَلَكَ (٣) المضْمونَ فلا يملِكُ تمليكَه من غيرِه لما فيه من الاستِحالةِ، وهو تمليكُ شيءٍ واحدٍ في زَمانٍ واحدٍ من اثنَيْنِ على الكمالِ، فإنِ اختارَ تَضْمينَ المُشْتَري رَجَعَ المُشْتَري بالثّمَنِ على البائعِ، وبَطَلَ البيعُ، وليس له أنْ يرجعَ عليه بما ضُمّنَ كما في المُشْتَري من الغاصِبِ.

وإنِ اختارَ تَضْمينَ البائعِ: ذَكَرَ الطّحاويُّ رحمه الله أنّه يُنْظَرُ إنْ كان قَبْضُ البائعِ قَبْضَ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ملكه».

ضَمانٍ بأنْ كان مَغْصوبًا في يَدِه نَفَذَ بيعُه؛ لأنّه لَمّا ضَمِنَه فقد مَلَكَ المغْصوبَ من وقتِ الغصْبِ فتَبيّنَ أنّه باعَ ملكَ [١] نفسِه فيَنْفُذُ، وإنْ كان قَبْضُه قَبْضَ أمانةٍ بأنْ كان وديعةً عندَه فباعَه وسَلّمَه [٢] إلى المُشْتَري لا يَنْفُذُ بيعُه؛ لأنّ الضّمانَ إنّما وجَبَ عليه بسببٍ مُتَأخِّرٍ عن البيعِ، وهو التّسْليمُ فيملِكُ المضْمونَ من ذلك الوقتِ لا من وقتِ البيعِ فيكونُ بائعًا مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه فلا يَنْفُذُ.

وذَكَرَ محمّدٌ رحمه الله في ظاهرِ الرّوايةِ وَقال: يجوزُ البيعُ بتَضْمينِ البائعِ، وقيلَ: هذا محمولٌ على ما إذا سَلّمَه البائعُ أوّلاً، ثُمّ باعَه؛ لأنّه إذا سَلّمَه أوّلاً فقد صار مَضْمونًا عليه بالتّسْليمِ فتَقَدّمَ سببُ الضّمانِ البيعَ فتَبيّنَ أنّه باعَ مالَ نفسِه فيَنْفُذُ.

ثُمّ إنْ كان قيامُ الأربعةِ التي ذَكَرْنا شرطًا للُحوقِ الإجازةِ؛ لأنّ الإجازةَ إنّما تَلْحقُ القيامَ [٣]، وقيامُ العقدِ بهذه الأربعةِ، ولأنّ الإجازةَ لها حُكمُ الإنْشاءِ من وجهٍ، ولا يتحقّقُ الإنْشاءُ بدونِ العاقِدَيْنِ والمعقودِ عليه لذلك كان قيامُها شرطًا للُحوقِ الإجازةِ، فإنْ وُجِدَ صَحّتِ الإجازةُ، وصار البائعُ بمنزلةِ الوكيلِ، إذِ الإجازةُ اللاّحِقةُ بمنزلةِ الوكالةِ السّابقةِ، ويكونُ الثّمَنُ للمالِكِ إنْ كان قائمًا؛ لأنّه بَدَلُ ملكِه، وإنْ هَلَكَ في يَدِ البائعِ يَهْلِك أمانةً كما إذا كان وكيلاً في الابتِداءِ، وهَلَكَ الثّمَنُ في يَدِه.

ولو فسَخَه البائعُ قبل الإجازةِ انفَسَخَ، واستَرَدّ المبيعَ إنْ كان قد سُلِّمَ، ويرجعُ المُشْتَري بالثّمَنِ على البائعِ إنْ كان قد نَقَدَه، وكذا إذا فسَخَه المُشْتَري يَنْفَسِخُ، وكذا إذا فسَخه الفُضوليُّ فمحمّدٌ رحمه الله يَحْتاجُ [إلى] [٤] الفرقِ بين البيعِ والنّكاحِ، فإنّ الفُضوليّ من جانِب الرّجُلِ [٥] في باب النّكاحِ إذا زوّجَتِ المرأةُ نفسَها [٣/ ٧٤ب] لا تملك الفسخَ عندَه.

ووَجه الفرقِ له: أنّ البيعَ الموقوفَ لو اتّصَلَتْ به الإجازةُ فالحُقوقُ تَرْجعُ إلى العاقِدِ فهو بالفسخِ يَدْفَعُ العُهْدةَ عن نفسِه فلَه ذلك، بخلافِ النّكاحِ؛ لأنّ الحُقوقَ في باب النّكاحِ لا تَرْجِعُ إلى العاقِدِ، بل هو سَفيرٌ ومُعَبِّرٌ، فإذا فرَغَ عن [٦] السِّفارةِ والعِبارةِ التَحقَ بالأجانِب.

---

(١) في المخطوط: «مال».
(٢) في المخطوط: «وسلم».
(٣) في المخطوط: «القائم».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «المرأة».
(٦) في المخطوط: «من».

وأمّا قيامُ الثّمَنِ في يَدِ البائعِ هل هو شرطٌ لصحّةِ الإجازةِ أم لا؟ فالأمرُ لا يَخْلو إمّا أنْ كان الثّمَنُ دَيْنًا كالدّراهمِ، والدّنانيرِ، والفُلوسِ النّافِقةِ، والموزونِ الموصوفِ، والمكيلِ الموصوفِ في الذِّمّةِ، وإمّا أنْ كان عَيْنًا كالعُروضِ، فإنْ كان دَيْنًا فقيامُه في يَدِ البائعِ ليس بشرطٍ للُحوقِ الإجازةِ؛ لأنّ الدّيْنَ لا يتعَيّنُ بالتّعْيينِ فكان قيامُه بقيامِ الذِّمّةِ.

وإنْ كان عَيْنًا فقيامُه شرطٌ للُحوقِ الإجازةِ فصار الحاصِلُ أنّ قيامَ الأربعةِ شرطُ صحّةِ الإجازةِ إذا كان الثّمَنُ دَيْنًا، وإذا كان عَيْنًا فقيامُ الخمْسِ شرطٌ، فإنْ وُجِدَتِ الإجازةُ عندَ قيامِ الخمْسِ جاز، ويكونُ الثّمَنُ للبائعِ لا للمالِكِ؛ لأنّ الثّمَنَ إذا كان عَيْنًا كان البائعُ مُشْتَرِيًا من وجهٍ، والشّراءُ لا يتوَقّفُ على الإجازةِ بل يَنْفُذُ على المُشْتَري إذا وجَدَ نفاذًا عليه بأنْ كان أهلاً، وهو أهلٌ، والمالِكُ يرجعُ عليه بقيمةِ مالِه إنْ لم يكنْ له مثلٌ، وبمثلِه إنْ كان له مثلٌ؛ لأنّه عَقَدَ لنفسِه، ونَفَذَ الثّمَنُ من مالِ غيرِه فيتوَقّفُ [1] النّقْدُ على الإجازةِ فإذا جازَه [2] مالِكُه نفذ [3] النّقْدِ، فيرجعُ عليه بمثلِه، أو بقيمَتِه.

بخلافِ ما إذا كان الثّمَنُ دَيْنًا؛ لأنّه إذا كان دَيْنًا كان العاقِدُ بائعًا من كُلِّ وجهٍ، ولا يكونُ مُشْتَرِيًا لنفسِه أصلاً فتَوَقّفَ على إجازةِ المالِكِ، فإذا أجاز كان مُجيزًا للعقدِ فكان بَدَلُه له.

ولو (هَلَكَتِ العيْنُ) [4] في يَدِ الفُضوليِّ بَطَلَ العقدُ، ولا تَلْحقُه الإجازةُ، ويُرَدُّ المبيعُ إلى صاحِبِه، ويَضْمَنُ للمُشْتَري مثلَه إنْ كان له مثلٌ وقيمَتَه إنْ لم يكنْ له مثلٌ؛ لأنّه قَبَضَه بعقدٍ فاسِدٍ.

ولو تَصَرّفَ الفُضوليُّ في العيْنِ قبل الإجازةِ يُنْظَرُ إنْ تَصَرّفَ فيه قبل القبْضِ فتَصَرُّفُه باطِلٌ؛ لأنّ الملكَ في العقدِ الفاسِدِ يَقِفُ على القبْضِ، وإنْ تَصَرّفَ فيه بعدَما قَبَضَ بإذنِ المُشْتَري صَريحًا أو دَلالةً يصحُّ تَصَرُّفُه؛ لأنّه تَصَرّفَ في ملكِ نفسِه، وعليه مثلُه أو قيمَتُه؛ لأنّ المقبوضَ بالبيعِ الفاسِدِ مَضْمونٌ به، ولا تَلْحقُه الإجازةُ؛ لأنّه هلك بجَوازِ تَصَرُّفِه فيه فلا يحتملُ الإجازةَ بعدَ ذلك، ولو تَصَرّفَ المُشْتَري في المبيعِ قبل الإجازةِ، لا يجوزُ تَصَرُّفُه سَواءٌ كان قَبَضَ المبيعَ أو لم يقبضْه؛ لعَدَمِ إذنِ مالِكِه - واللّه تعالى - أعلَمُ.

وأمّا الوِلايةُ: فالوِلايةُ في الأصلِ نوعانِ:

---

(١) في المخطوط: «فتوقف».

(٢) في المخطوط: «أجازه».

(٣) في المطبوع: «بعد».

(٤) في المخطوط: «هلك الثمن».

نوعٌ يَثْبُتُ بتَوْليةِ المالِكِ، ونوعٌ يَثْبُتُ شرعًا لا بتَوْليةِ المالِكِ.

أمّا الأوّلُ: فهو وِلايةُ الوكيلِ فيَنْفُذُ تَصَرُّفُ الوكيلِ، وإنْ لم يكنِ المحَلُّ مَمْلوكًا له لوجودِ الوِلايةِ المُسْتَفادةِ من الموكِّلِ.

وأمّا الثّاني: فهو وِلايةُ الأب، والجدِّ أبُ الأب، والوصيِّ، والقاضي، وهو نوعانِ: أيضًا [وهو] [1] وِلايةُ النّكاحِ، ووِلايةُ غيرِه من التّصَرُّفاتِ.

أمّا وِلايةُ النّكاحِ: فموضِعُ بيانِها كِتابُ النّكاحِ.

وأمّا وِلايةُ غيرِه من المُعامَلاتِ: فالكلامُ فيه في مواضِعَ:

في بيانِ سببِ هذه الوِلايةِ.

وفي بيانِ شرائطِها.

وفي بيانِ تَرْتيب الوِلايةِ.

أمّا الأوّلُ: فسببُ هذا النّوعِ من الوِلايةِ في التّحْقيقِ شيئانِ:

أحدُهما: الأُبوّةُ.

والثّاني: القضاءُ لأنّ الجدّ من قِبَلِ الأب أبٌ لكنْ بواسِطةٍ، ووَصيُّ الأب والجدِّ استَفادَ الوِلايةَ منهما، فكان ذلك وِلايةَ الأُبوّةِ من حيثُ المعنى، ووَصيُّ القاضي يَسْتَفيدُ الوِلايةَ من القاضي فكان ذلك وِلايةَ القضاءِ معنًى.

أمّا الأُبوّةُ فلأنّها داعيةٌ إلى كمالِ النّظَرِ في حقِّ الصّغيرِ لوُفورِ شَفَقةِ الأب، وهو قادِرٌ على ذلك لكَمالِ رأيِه وعقلِه، والصّغيرُ عاجِزٌ عن النّظَرِ لنفسِه بنفسِه، وثُبوتُ وِلايةِ النّظَرِ للقادِرِ على العاجِزِ عن النّظَرِ أمرٌ معقولٌ [و] [2] مشروعٌ؛ لأنّه من باب الإعانةِ على البرِّ، ومن باب الإحسانِ، ومن باب إعانةِ الضّعيفِ، وإغاثةِ اللّهْفانِ، وكُلُّ ذلك حَسَنٌ عقلًا وشرعًا، ولأنّ ذلك من باب شُكرِ النّعْمةِ، وهي نِعْمةُ القُدْرةِ إذْ شُكرُ كُلِّ نِعْمةٍ على حَسَب النّعْمةِ فشُكرُ نِعْمةِ القُدْرةِ مَعونةُ العاجِزِ، وشُكرُ النّعْمةِ واجِبٌ عقلًا وشرعًا، فضْلًا عن الجوازِ، ووَصيُّ الأب قائمٌ مقامَه؛ لأنّه رَضِيَه واختارَه فالظّاهرُ أنّه ما اختارَه من بينِ سائرِ النّاسِ إلاّ لعلمِه بأنّ شَفَقتَه على ورَثَتِه مثلَ شَفَقَتِه عليهم، ولولا ذلك لَما ارْتَضاه [من بينِ

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

سائرِ النّاسِ فكان الوصيُّ خَلَفًا عن الأب، وخَلَفُ الشّيءِ قائمٌ مقامَه كأنّه هو، والجدُّ له كمالُ [٣/ ١٧٥أ] الرّأيِ، ووُفورُ الشّفَقةِ إلاّ أنّ شَفَقَتَه دونَ شَفَقةِ الأب فلا جُرْمَ تَأخّرَتْ وِلايَتُه عن وِلايةِ الأب ووِلايةِ وصيِّه، ووَصيّ وصيِّه أيضًا؛ لأنّ تلك وِلايةُ الأب من حيثُ المعنى على ما ذَكَرْنا، ووَصيُّ الجدِّ قائمٌ مقامَه؛ لأنّه استَفادَ الوِلايةَ من جِهَتِه، وكذا وصيُّ وصيِّه.

وأمّا القضاء: فلأنّ القاضيَ لاختصاصِه بكَمالِ العلمِ والعقلِ والورَعِ والتّقْوَى والخِصالِ الحميدةِ أشفَقُ [النّاسِ] [١] على اليتامَى، فصَلُحَ وليًّا، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**السُّلْطانُ وليُّ مَنْ لا وليّ له**» [٢] إلاّ أنّ شَفَقَتَه دونَ شَفَقةِ الأب والجدِّ؛ لأنّ شَفَقَتَهما تَنْشَأُ عن القرابةِ، وشَفَقَتُه لا، وكذا وصيُّه فتَأخّرَتْ وِلايَتُه عن وِلايَتِهما.

فصل [في شروط الولاية]

وأمّا شرائطُها فأنواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى الوليِّ، وبعضُها يرجعُ إلى المولّى عليه، وبعضُها يرجعُ إلى المولّى فيه.

أمّا الذي يرجعُ إلى الوليِّ فأشياءُ:

منها: أنْ يكونَ حُرًّا فلا تَثْبُتُ له وِلايةُ العبدِ لقولِه - سبحانه وتعالى -: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]، ولأنّه لا وِلايةَ له على نفسِه فكيف تَثْبُتُ له الوِلايةُ على غيرِه.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، برقم (٢٠٨٣)، والترمذي، برقم (١١٠٢)، وابن ماجه، برقم (١٨٧٩)، وأحمد، برقم (٢٣٨٥١)، والدارمي، برقم (٢١٨٤)، وابن حبان (٩/ ٣٨٤)، برقم (٤٠٧٤)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٢)، برقم (٢٧٠٦)، والدارقطني (٣/ ٢٢١)، برقم (١٠)، والبيهقي في الكبرى، (٧/ ١٠٥) برقم (١٣٣٧٧)، والطبراني في الأوسط (٦/ ٢٦٠)، برقم (٦٣٥٢)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٠٦)، برقم (١٤٦٣)، والحميدي في مسنده (١/ ١١٢)، برقم (٢٢٨)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٢/ ١٩٤) برقم (٦٩٨)، وأبو يعلى في مسنده (٨/ ٢٥١)، برقم (٤٨٣٧)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/ ١٩٥)، برقم (١٠٤٧٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه، (٧/ ٢٨٤) برقم (٣٦١١٧) من حديث عائشة رضي الله عنها. انظر صحيح الجامع الصغير، رقم: (٢٧٠٩).

ومنها: أنْ يكونَ عاقِلًا، فلا وِلايةَ للمجنونِ لما قُلْنا

ومنها: إسلامُ الوليِّ إذا كان المولّى عليه مسلمًا، فإنْ كان كافرًا لا تَثْبُتْ له عليه الوِلايةُ لقولِه -: عَزّ وجَلّ -: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، ولأنّ تَنْفيذَ الوِلايةِ للكافرِ على المسلمِ يُشْعِرُ بالذُّلِّ به، وهذا لا يجوزُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المولّى عليه، فالصِّغَرُ فلا تَثْبُتُ الوِلايةُ على الكبيرِ؛ لأنّه يقدِرُ على دَفْعِ حاجةِ نفسِه، فلا حاجةَ إلى إثباتِ الوِلايةِ عليه لغيرِه، وهذا؛ لأنّ الوِلايةَ على الحُرِّ تَثْبُتُ مع قيامِ المُنافي للضّرورةِ ولا ضَرورةَ حالةَ القُدْرةِ فلا تَثْبُتُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المولّى فيه فهو أنْ لا يكونَ من التّصَرُّفاتِ الضّارّةِ بالمولّى عليه لقولِه عليه الصلاة والسلام: «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلام»[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ لم يَرْحَم صَغيرَنا فليس مِنّا»[2]، والإضْرارُ بالصّغيرِ ليس من المرحَمةِ في شيءٍ فليس له[3] أنْ يَهَبَ مالَ الصّغيرِ من غيرِه (بغيرِ عِوَضٍ)[4]؛ لأنّه إزالةُ ملكِه من غيرِ عِوَضٍ فكان ضَرَرًا محضًا، وكذا ليس له أنْ يَهَبَ بعِوَضٍ عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسُفَ، وعندَ محمّدٍ له ذلك.

وَجْهُ قولِه: أنّ الهِبةَ بعِوَضٍ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ فكان في معنى البيعِ فمَلَكَها كما يملِكُ البيعَ.

ولهما أنّها هِبةٌ ابتِداءً بدَليلِ أنّ الملكَ فيها يَقِفُ على القبْضِ، وذلك من أحْكامِ الهِبةِ، وإنّما تَصيرُ مُعاوَضةً في الانتِهاءِ، وهو لا يملِكُ الهِبةَ فلم تَنْعَقِدْ هِبَتُه فلا يُتَصوّرُ أنْ تَصيرَ مُعاوَضةً، بخلافِ البيعِ؛ لأنّه مُعاوَضةٌ ابتِداءً وانتِهاءً، وهو يملِكُ المُعاوَضةَ.

وليس له أنْ يتصَدّقَ بمالِه، ولا أنْ يوصيَ به؛ لأنّ التّصَدُّقَ والوصيّةَ إزالةُ الملكِ من

---

(١) صحيح: أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم (٢٣٤١)، وأحمد مطولا، برقم (٢٢٢٧٢)، والطبراني في الكبير (١١/ ٢٢٨)، برقم (١١٥٧٦)، من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، انظر إرواء الغليل، رقم: (٨٩٦).

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: الأدب، باب في الرحمة، برقم (٤٩٤٣)، والترمذي، برقم (١٩٢٠)، وأحمد، برقم (٦٦٩٤)، والحميدي في مسنده (٢/ ٢٦٨) برقم (٥٨٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٢١٤)، برقم (٢٥٣٥٩)، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(٣) في المخطوط: «للأب».

(٤) في المخطوط: «بعوض».

غيرِ عِوَضٍ ماليٍّ، فكان ضَرَرًا فلا يملِكُه، وليس له أنْ يُطَلِّقَ امرأتَه؛ لأنّ الطّلاقَ من التّصرُّفاتِ الضّارّةِ المحضةِ، وليس له أنْ يُعْتِقَ عبدَه سَواءٌ كان بعِوَضٍ أو بغيرِ عِوَضٍ.

أمّا بغيرِ عِوَضٍ؛ فلأنّه ضَرَرٌ محضٌ، وكذا بعِوَضٍ؛ لأنّه لا يُقابلُه العِوَضُ للحالِ؛ لأنّ العتقَ مُعَلّقٌ بنفسِ القبولِ، وإذا أعتَقَ بنفسِ القبولِ يَبْقَى الدّيْنُ في ذِمّةِ المُفْلِسِ، وقد يَحْصُلُ، وقد لا يَحْصُلُ فكان الإعتاقُ ضَرَرًا محضًا للحالِ.

وكذا ليس له أنْ يُقْرِضَ مالَه؛ لأنّ القرضَ إزالةُ الملكِ من غيرِ عِوَضٍ للحالِ، وهو معنى قولِهم: القرضُ تبرُّعٌ، وهو لا يملِكُ سائرَ التّبرُّعاتِ، كذا هذا، بخلافِ القاضي فإنّه يُقْرِضُ مالَ اليتيمِ.

ووَجهُ الفرقِ: أنّ الإقراضَ من القاضي من باب حِفْظِ الدّيْنِ؛ لأنّ تَوَى الدّيْنِ [1] بالإفلاسِ أو بالإنْكارِ، والظّاهرُ أنّ القاضيَ يَخْتارُ أملى النّاسِ، وأوثَقَهم، وله وِلايةُ التّفَحُّصِ عن أحْوالِهم فيَخْتارُ مَنْ لا يتحقّقُ إفلاسُه ظاهرًا وغالِبًا، وكذا القاضي يقضي بعلمِه [2] فلا يتحقّقُ التّوَى بالإنْكارِ، وليس لغيرِ القاضي هذه الوِلايةُ فبقيَ الإقراضُ منه إزالةَ الملكِ من غيرِ أنْ يُقابلَه عِوَضٌ للحالِ فكان ضَرَرًا فلا يملِكُه، وله أنْ يَدينَ مالَه من غيرِه.

وصورةُ الاستِدانةِ: أنْ يَطْلُبَ إنسانٌ من غيرِ الأب أو الوصيِّ أنْ يَبيعَه شيئًا من أموالِ الصّغيرِ بمثلِ قيمَتِه حتّى يَجْعَلَ أصلَ الشّيءِ ملكَه، وثَمَنَ المبيعِ دَيْنًا عليه ليَرُدّه، فإنْ باعَه منه بزيادةٍ على قيمَتِه فهو عَيْنُه، وإنّما مَلَكَ الإدانةَ، ولم يملِكِ القرضَ؛ لأنّ الإدانةَ بيعُ مالِه بمثلِ قيمَتِه، وليس له أنْ يُزوِّجَ عبدَه؛ لأنّه يتعلّقُ المهرُ برَقَبَتِه [٣/ ٧٥ب]، وفيه ضَرَرٌ، وليس له أنْ يَبيعَ مالَه بأقَلّ من قيمَتِه قدرَ ما لا يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً، ولو باعَ لا يَنْفُذُ بيعُه؛ لأنّه ضَرَرٌ في حقِّه.

وكذا ليس له أنْ يُؤاجِرَ نفسَه أو مالَه بأقَلّ من أُجْرةِ المثلِ قدرَ ما لا يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً، [وليس له أنْ يشتريَ بمالِه شيئًا بأكثَرَ من قيمَتِه قدرَ ما لا يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً] [3] لما قُلْنا، ولو اشترى يَنْفُذُ عليه، ويكونُ المُشْتَرَى له؛ لأنّ الشِّراءَ وجَدَ نَفاذًا على

---

(١) في المخطوط: «للدين».
(٢) في المخطوط: «بعلم نفسه».
(٣) ليست في المخطوط.

المُشْتَري، وله أنْ يقبَلَ الهِبةَ والصّدَقةَ والوصيّةَ؛ لأنّ ذلك نَفْعٌ محضٌ فيملِكُه الوليُّ، وقال عليه الصلاة والسلام: «خَيْرُ النّاسِ مَنْ يَنفَعُ النّاسَ» [1]، وهذا يَجْري مجرَى الحثِّ على النّفعِ، والحثُّ على النّفعِ مِمّنْ لا يملِكُ النّفعَ عَبَثٌ، وله أنْ يُزوِّجَ أمَتَه؛ لأنّه نَفْعٌ، وله أنْ يَبيعَ مالَه بأكثَرَ من قيمَتِه ويشتريَ له شيئًا بأقَلّ من قيمَتِه لما قُلْنا.

وله أنْ يَبيعَه بمثلِ قيمَتِه، وبأقَلّ من قيمَتِه مِقْدارَ ما يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً، وله أنْ يشتريَ له شيئًا بمثلِ قيمَتِه وبأكثَرَ من قيمَتِه قدرَ ما يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً، وكذا له أنْ يُؤاجِرَ نفسَه ومالَه بأكثَرَ من أجرِ مثلِه أو بأجرِ مثلِه أو بأقَلّ منه قدرَ ما يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً، وكذا له أنْ يَسْتَأجِرَ له شيئًا بأقَلّ من أجرِ المثلِ أو بأجرِ المثلِ أو بأكثَرَ منه قدرَ ما يتغابَنُ النّاسُ فيه عادةً.

ولو آجَرَ نفسَه أو مالَه ثُمّ بَلَغَ الصّبيُّ في المُدّةِ فلَه الخيارُ في إجارةِ النّفسِ إنْ شاء مضى عليها، وإنْ شاء أبْطَلَها، ولا خيارَ له في إجارةِ المالِ.

ووَجْه الفرقِ: أنّ إجارةَ مالِ الصّغيرِ تَصَرُّفٌ في مالِه على وجه النّظَرِ فيقومُ الأبُ فيه مقامَه، فلا يَثْبُتُ له خيارُ الإبْطال بالبُلوغِ، فأمّا إجارةُ نفسِه فتُصْرَفُ على نفسِه بالأضْرارِ، وكان يَنْبَغي أنْ لا يملِكَه الأبُ إلاّ أنّه مَلَكَها من حيثُ إنّها نوعُ رياضةٍ، وتَهْذيبٌ للصّغيرِ، وتَأديبٌ له، والأبُ يَلي تَأديبَ الصّغيرِ فوَلِيَها على أنّها تَأديبٌ فإذا بَلَغَ فقد انقَطَعَتْ وِلايةُ التّأديب، وهو [2] الفرقُ.

وله أنْ يُسافِرَ بمالِه وله أنْ يَدْفَعَ مالَه مُضارَبةً، وله أنْ يُبْضِعَ، وله أنْ يوكِّلَ بالبيعِ والشّراءِ والإجارةِ والاستِئْجارِ؛ لأنّ هذه الأشياءَ من تَوابعِ الإجارة، فكُلُّ مَنْ مَلَكَ التِّجارةَ يملِكُ ما هو من تَوابعِها، ولهذا مَلَكَها المأذونُ، وله أنْ يُعيرَ مالَه استِحْسانًا والقياسُ أنْ لا يجوزُ.

وَجْهُ القياسِ: أنّ الإعارةَ تمليكُ المنفَعةِ بغيرِ عِوَضٍ فكان ضَرَرًا.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: أنّ هذا من تَوابعِ التِّجارةِ، وضَروراتِها فتُمْلَكُ بملكِ التِّجارةِ، ولهذا

---

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء (١/ ٤٧٢)، وقال: لم أر من ذكر أنه حديث أو لا فليراجع، لكن معناه صحيح.

(٢) في المخطوط: «فهو».

مَلَكَها المأذونُ.

وله أنْ يودِعَ مالَه؛ لأنّ الإيداعَ من ضَروراتِ التِّجارةِ، وله أنْ يأذَنَ له بالتِّجارةِ عندَنا إذا كان يعقِلُ البيعَ، والشِّراءَ؛ لأنّ الإذنَ بالتِّجارةِ دونَ التِّجارةِ فإذَا مَلَكَ التِّجارةَ بنفسِه فلأنْ يملِكَ الإذنَ بالتِّجارةِ أولى.

وله أنْ يُكاتِبَ عبدَه؛ لأنّ المُكاتَبَةَ عقدُ مُعاوَضةٍ فكان في معنى البيعِ، وله أنْ يَرْهَنَ مالَه بدَيْنِه؛ لأنّ الرّهْنَ من تَوابعِ التِّجارةِ لأنّ التّاجِرَ يَحْتاجُ إليه، ولأنّه قضاءُ الدّيْنِ، وهو يملِكُ قضاءَ دَيْنِه من مالِه فيملِكُ الرّهْنَ بدَيْنِه أيضًا، وله أنْ يَرْهَنَ مالَه بدَيْنِ نفسِه أيضًا؛ لأنّ عَيْنَ المرهونِ تحت يَدِ المُرْتَهِنِ إلاّ أنّه إذا هَلَكَ يَضْمَنُ مِقْدارَ ما صار مُؤَدّيًا من ذلك دَيْنَ نفسِه.

وله أنْ يَجْعَلَ مالَه مُضارَبةً عندَ نفسِه، ويَنْبَغي أنْ يُشْهِدَ على ذلك في الابتِداءِ، ولو لم يُشْهِدْ يَحِلُّ له الرِّبْحُ فيما بينه، وبين اللّه - تعالى -، ولكنّ القاضيَ لا يُصَدِّقُه.

وكذلك إذا شارَكَ ورأسُ مالِه أقَلُّ من مالِ الصّغيرِ، فإنْ أشهَدَ فالرِّبْحُ على ما شرَطَ، وإنْ لم يُشْهِدْ يَحِلّ فيما بينه وبين اللّه - تعالى -، ولكنّ القاضيَ لا يُصَدِّقُه، ويُجْعَلُ الرِّبْحُ على قدرِ رأسِ مالِهما.

وما عَرَفْتَ من الجواب في الأب فهو الجوابُ في وصيِّه حالَ عَدَمِه، وفي الجدِّ ووَصيِّه حالَ عَدَمِه إلاّ أنّ بين الأب ووَصيِّه، وبين الجدِّ ووَصيِّه فرقًا من وجوهٍ مَخْصوصةٍ.

منها: أنّ الأبَ أو الجدّ إذا اشترى مالَ الصّغيرِ لنفسِه أو باعَ مالَ نفسِه من الصّغيرِ بمثلِ قيمَتِه أو بأقَلّ جاز، [ولو فعَلَ الوصيُّ ذلك لا يجوزُ عندَ محمّدٍ أصلاً، وعندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسُفَ إنْ كان خيْرًا لليَتيمِ جاز] (١)، وإلاّ فلا.

ومنها: أنّ لهما وِلايةَ الاقْتِصاصِ لأجلِ الصّغيرِ في النّفسِ وما دونَها، وللوَصيِّ وِلايةُ الاقْتِصاصِ فيما دونَ النّفسِ، وليس له وِلايةُ الاقْتِصاصِ في النّفسِ.

ومنها: أنّ له وِلايةَ الصُّلْحِ في النّفسِ وما دونَها على قدرِ الدّيةِ من غيرِ حَطٍّ بلا خلافٍ، وليس لهما وِلايةُ العفوِ، وفي جَوازِ الصُّلْحِ من الوصيِّ رِوايَتانِ، وقد ذَكَرْنا الوجهَ في ذلك في كِتاب الصُّلْحِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

ثُمّ وليُّ اليتيمِ [٣/ ٧٦أ]، هل يأكلُ من مالِ اليتيمِ؟ فنقولُ: لا خلافَ في أنّه إذا كان غنيًّا لا يأكلُ لقولِه تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء:٦] فأمّا إذا كان فقيرًا فهل له أنْ يأكلَ على سبيلِ الإباحةِ أو ليس له أنْ يأكلَ إلاّ قَرْضًا.

اختلف فيه الصّحابةُ رضي الله عنهم رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ له أنْ يأكلَ على سبيلِ الإباحةِ لكنْ بالمعروفِ من غيرِ إسرافٍ، وهو قولُ سيِّدَتِنا عائشة رضي الله عنها [١].

ورُوِيَ عن سيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّه يأكلُ قرْضًا فإذا أيسَرَ قضَى [٢]، وهو إحدى الرِّوايتيْنِ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما.

احتجّ هؤلاء بقولِه - تعالى - ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء:٦] أمر سبحانه وتعالى - بالإشْهادِ على الأيتامِ عندَ دَفْعِ المالِ إليهم.

ولو كان المالُ في أيدي الأولياءِ بطريقِ الأمانةِ لَكان لا حاجةَ إلى الإشْهادِ؛ لأنّ القول قولُ الوليِّ إذا قال: دَفَعْتُ المالَ إلى اليتيمِ عندَ إنكارِه، وإنّما الحاجةُ إلى الإشْهادِ عندَ الأخذِ قَرْضًا ليأكلَ منه؛ لأنّ في قضاءِ الدّيْنِ القول قولُ صاحِبِ الدّيْنِ لا قولُ مَنْ يقضي الدّيْنَ، وعن سَعيدِ بنِ جُبيرٍ رضي الله عنه أنّه فسّرَ قوله - عزّ وجلّ - ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:٦] قال: قَرْضًا.

احتجّ الأوّلونَ بظاهرِ قولِه - عزّ شأنُه - ﴿[وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا] [٣] فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] أطْلَقَ اللّه - عزّ شأنُه - لوَليِّ اليتيمِ أنْ يأكلَ من مالِ اليتيمِ بالمعروفِ، وهو الوسَطُ من غيرِ إسرافٍ.

ورُوِيَ أنّ رجلاً سَألَ رسول اللّه ﷺ فقال: ليس لي مالٌ، ولي يَتيمٌ فقال عليه الصلاة والسلام: «كُلْ من مالِ يَتيمِكَ غيرَ مُسرِفٍ ولا مُتأثِلٍ [٤] مالَكَ بمالِه» [٥] وذَكَرَ محمّدٌ ومالِكٌ

---

(١) انظر «الدر المنثور» للسيوطي (٢/ ٢١٥) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٢) انظر «الدر المنثور» للسيوطي (٢/ ٢١٦).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) أي: غير جامع مالك إلى ماله، فيضيع حقه.

(٥) حسن: أخرجه أبو داود، كتاب: الوصايا، باب: ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، برقم (٢٨٧٢)، والنسائي، برقم (٣٦٦٨)، وابن ماجه، برقم (٢٧١٨)، وأحمد برقم (٦٧٠٨) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٤٤٩٧).

في الموَطّإ أنّ الأفضَلَ هو الاستعفافُ من مالِه؛ لما رُوِيَ أنّ رجلاً أتَى عبدَ اللّه بنَ مسعودٍ رضي الله عنه فقال له: أوصيَ إلَيّ يَتيمٌ فقال عبدُ اللّه: لا تَشْتَرِ من مالِه شيئًا، ولا تَسْتقرِضْ من مالِه شيئًا واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

فصل [في ترتيب الولاية]

وأما ترتيب الولايةِ: فأولى الأولياءِ الأبُ ثُمّ وصيُّه ثُمّ وصيُّ وصيِّه ثُمّ الجدُّ ثُمّ وصيُّه ثُمّ وصيُّ وصيِّه ثُمّ القاضي ثُمّ مَنْ نصّبَه القاضي وهو وصيُّ القاضي.

وإنّما تَثبُتُ الوِلايةُ على هذا التّرْتيب؛ لأنّ الوِلايةَ على الصِّغارِ باعتِبارِ النّظَرِ لهم لعَجْزِهم عن التّصَرُّفِ بأنفُسِهم، والنّظَرُ على هذا التّرْتيب؛ لأنّ ذلك مبنيٌّ على الشّفَقةِ وشَفَقةُ الأب فوْقَ شَفَقةِ الكُلِّ، وشَفَقةُ وصيِّه فوْقَ شَفَقةِ الجدِّ؛ لأنّه وصيّ الأب ومُخْتارُه فكان خَلَفَ الأب في الشّفَقةِ وخَلَفُ الشّيءِ قائمٌ مقامَه كأنّه هو، وشَفَقةُ الجدِّ فوْقَ شَفَقةِ القاضي؛ لأنّ شَفَقتَه تَنْشَأُ عن القرابةِ والقاضي أجنَبيٌّ ولا شَكّ أنّ شَفَقةَ القريب على قَريبه فوْقَ شَفَقةِ الأجنَبيِّ.

وكذا شَفَقةُ وصيِّه؛ لأنّه مرضيُّ الجدِّ وخَلَفُه فكان شَفَقَتُه مثلَ شَفَقَتِه، وإذا كان ما جُعِلَ له الوِلايةُ على هذا التّرْتيب كانتِ الوِلايةُ على هذا التّرْتيب ضَرورةً؛ لأنّ تَرْتيبَ الحُكمِ على حَسَب تَرْتيب العِلّةِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وليس لمَنْ سِوَى هؤلاء من الأُمِّ والأخِ والعمِّ وغيرِهم وِلايةُ التّصَرُّفِ على الصّغيرِ في مالِه؛ لأنّ الأخَ والعمّ قاصِرا الشّفَقةِ وفي التّصَرُّفاتِ تَجْري جِناياتٌ لا يَهْتَمُّ لها إلاّ ذو الشّفَقةِ الوافِرةِ، والأُمُّ وإنْ كانت لها وُفورُ الشّفَقةِ لكنْ ليس لها كمالُ الرّأيِ لقُصورِ عقلِ النِّساءِ عادةً فلا تَثْبُتُ لهُنّ وِلايةُ التّصَرُّفِ في المالِ ولا لوَصيِّهِنّ؛ لأنّ الوصيّ خَلَفُ الموصي قائمٌ مقامَه فلا يَثْبُتُ له إلاّ قدرُ ما كان للموصي وهو قضاءُ الدّيْنِ والحِفْظُ لكنْ عندَ عَدَمِ هؤلاء، ولِوَصيِّ الأُمِّ والأخِ أنْ يَبيعَ المنقول والعقارَ لقضاءِ دَيْنِ الميِّتِ، والباقي ميراثٌ للصّغيرِ ثُمّ يُنْظَرُ إنْ كان واحدٌ مِمّنْ ذَكَرْنا حَيًّا حاضِرًا فليس له وِلايةُ التّصَرُّفِ أصلاً في ميراثِ الصّغيرِ؛ لأنّ الموصيَ لو كان حَيًّا لا يملِكُه في حالِ حَياتِه فكذا الوصيُّ، وإنْ لم يكنْ فلَه وِلايةُ الحِفْظِ لا غيرُ إلاّ أنّه يَبيعُ المنقول لما أنّ بيعَ المنقولِ من باب الحِفْظِ؛

لأنّ حِفْظَ الثّمَنِ أيسَرُ وليس له أنْ يَبيعَ العقارَ لاستِغْنائه عن الحِفْظِ لكَوْنِه محفوظًا بنفسِه.

وكذا لا يَبيعُ الدّراهمَ والدّنانيرَ؛ لأنّها محفوظةٌ وليس له أنْ يشتريَ شيئًا على سبيلِ التِّجارةِ وله أنْ يشتريَ ما لا بُدّ منه للصّغيرِ من طعامِه وكِسْوَتِه وما استَفادَ الصّغيرُ من المالِ من جِهةٍ أُخرى سِوَى الإرثِ بأنْ وُهِبَ له شيءٌ أو أوصيَ له به فليس له وِلايةُ التّصرُّفِ فيه أصلاً عَقارًا كان أو مَنْقولاً؛ لأنّه لم يكنْ للموصَى عليه وِلايةٌ فكذا الوصيُّ.

وأمّا [٣/ ١٧٦أ] وصيُّ المُكاتَب فلَه أنْ يَبيعَ المنقول والعقارَ لقضاءِ دَيْنِ [1] المُكاتَب ولِقضاءِ دَيْنِ الكِتابةِ؛ لأنّ المُكاتَبَ كان يملِكُه بنفسِه فكذا وصيُّه، وما فضَلَ من كسْبه يكونُ ميراثًا لوَرَثَتِه.

امّا الأحرارُ منهم: فلا شَكّ، وكذا الولدُ المولودُ في الكِتابةِ ومَنْ كوتِبَ معه؛ لأنّه عَتَقَ في آخِرِ جزءٍ من أجزاءِ حَياتِه بعِتْقِ أبيه، وإذا صار الفاضِلُ من كسْبه ميراثًا لوَرَثَتِه فهل يملِكُ التّصرُّفَ في مالِهم.

ذَكَرَ في الزّياداتِ أنّه لا يملِكُ إلاّ الحِفْظَ، وجَعلَه بمنزلةِ وصيِّ الأُمِّ والأخِ والعمِّ، وفي كِتاب القِسْمةِ: ألحقَه بوَصيِّ الأب فإنّه أجاز قِسْمَتَه في العقاراتِ، والقِسْمةُ في معنى البيعِ فمَنْ جازَتْ قِسْمَتُه يجوزُ بيعُه فكان فيه رِوايَتانِ.

وهذا إذا مات قبل أداءِ بَدَلِ الكِتابةِ فأمّا إذا أدّى بَدَلَ (الكِتابةِ في) [2] حالِ حَياتِه وعَتَقَ ثُمّ مات كان وصيُّه كوَصيِّ الحُرِّ بلا خلافٍ.

والثاني: أنْ لا يكونَ في المبيعِ حقٌّ لغيرِ البائعِ فإنْ كان لا يَنْعَقِدُ كالمرهونِ والمُسْتَأجَرِ؛ لأنّ فيه إبْطالَ حقِّ المُرْتَهِنِ والمُسْتَأجِرِ وهذا لا يجوزُ.

وقد اختلفتْ عِباراتُ الكُتُب في هذه المسألةِ في بعضِها أنّ البيعَ فاسِدٌ، وفي بعضِها أنّه موقوفٌ وهو الصّحيحُ؛ لأنّ رُكنَ البيعِ صَدَرَ من أهلِه مُضافًا إلى مالٍ مُتقَوِّمٍ مَمْلوكٍ له مقدورِ التّسْليمِ من غيرِ ضَرَرٍ يَلْزَمُه.

والدّليلُ على أنّه مقدورُ التّسْليمِ أنّه يُمْكِنُه أنْ يَفْتَكّ الرّهْنَ بقضاءِ الدّيْنِ فيُسَلِّمَه إلى المدينِ وكذا احتمالُ الإجازةِ من المُرْتَهِنِ والمُسْتَأجِرِ ثابتٌ في البابينِ جميعًا إلاّ أنّه لم

---

(١) في المخطوط: «ديون».

(٢) في المخطوط: «كتابته».

يَنفُذْ للحالِ لتَعلُّقِ حقِّهما فتوَقّفَ ويُمْكِنُ التّوْفيقُ بين الرِّوايتيْنِ بأنْ يُحمَلَ قولُه: فاسِدٌ على أنّه لا حُكمَ له ظاهرٌ وهو تَفْسيرُ الموقوفِ عندَنا فإذا تَوقّفَ على إجازَتِهما فإنْ أجازا جاز ونَفَذَ.

وهل يملِكانِ المُطالَبَةَ بالفسخِ؟

ذَكَرَه (١) القُدوريُّ رحمه الله في شرحِه وقال: أمّا المُسْتَأجِرُ: فلا يملِكُ. وأمّا المُرْتَهِنُ: فيجوزُ أنْ يُقال: يملِكُ فرّقَ بينهما من حيثُ إنّ حقّ المُسْتَأجِرِ في المنفَعةِ لا في العيْنِ، إذِ الإجارةُ عقدٌ على المنفَعةِ لا على العيْنِ والبيعُ عقدٌ على العيْنِ فلم يكنِ البيعُ تَصرُّفًا في مَحَلِّ حقِّ المُسْتَأجِرِ، فلا يَثْبُتُ له الخيارُ، وحقُّ المُرْتَهِنِ في العيْنِ؛ لأنّه يَسْتَوْفي الدّيْنَ من بَدَلِ العيْنِ بالبيعِ عندَ عَدَمِ الافْتِكاكِ من الرّاهنِ.

ولهذا لو أجاز البيعَ كان الثّمَنُ رَهْنًا عندَه فكان البيعُ تَصرُّفًا في مَحَلِّ حقِّه فيَثْبُتُ له الخيارُ وهل يَثْبُتُ للمُشْتَري خيارُ الفسخِ؟ فإنْ لم يعلم أنّه مرهونٌ أو مُؤَجّرٌ يَثْبُتْ؛ لأنّ العقدَ المُطْلَقَ يقتَضي التّسْليمَ للحالِ وقد فاتَ فيَثْبُتُ له خيارُ الفسخِ، وإنْ عَلِمَ فلا خيارَ له؛ لأنّه رَضِيَ بالتّسْليمِ في الجملةِ.

وَلو باعَ عبدَه الذي وجَبَ عليه القوَدُ نَفَذَ؛ لأنّه لا حقّ لوَليِّ القتيلِ في نفسِ القاتِلِ وإنّما له وِلايةُ استيفاءِ القِصاصِ وأنّها (٢) لا تَبْطُلُ بالبيعِ فيجوزُ البيعُ، ولا يصيرُ المولى بالبيعِ مُخْتارًا للفِداءِ سَواءً عَلِمَ بالجِنايةِ أو لم يعلم؛ لأنّ حقّ الوليِّ في القِصاصِ والبيعِ لا يُبْطِلُ القِصاصَ.

وكذلك لو أعتَقَه أو دَبّرَه أو كانت أُمّه فاستَوْلَدَها لما قُلْنا، وكذا لو باعَ عبدَه الذي هو حَلالُ الدّمِ بالرِّدّةِ؛ لأنّ الرِّدّةَ توجِبُ إباحةَ الدّمِ لا غير والبيعُ لا يُبْطِلُها.

وكذا لو أعتَقَه أو دَبّرَه [أو كانت أمة فاستولدها] (٣)، وكذا لو باعَ عبدَه الذي وجَبَ قَطْعُ يَدِه بالسّرِقةِ أو وجَبَ عليه حَدٌّ من الحُدودِ كحَدِّ الزِّنا والقذْفِ والشُّرْبِ؛ لأنّ الواجِبَ بهذه الجِناياتِ وِلايةُ استيفاءِ القطْعِ، والحدُّ والبيعُ لا يُبْطِلُها. وكذا لو أعتق عبده أو مدبره

---

(١) في المخطوط: «ذكر».
(٢) في المخطوط: «ولأنها».
(٣) زيادة من المخطوط.

أو كانت أمة فاستولدها لما قلنا.

ولو باعَ عبدَه الذي وجَبَ دَفْعُه بالجِنايةِ يجوزُ عَلِمَ المولى بالجِنايةِ أو لا ولا سبيلَ لوَليِّ الجِنايةِ على العبدِ ولا على المُشْتَري؛ لأنّه لا حقّ له في نفسِ العبدِ وإنّما يُخاطِبُ المولى بالدّفْعِ إلاّ أنْ يَخْتارَ الفِداءَ، غيرَ أنّه إنْ كان عالِمًا بالجِنايةِ يَلْزَمْه أرشُ الجِنايةِ بالِغًا ما بَلَغَ؛ لأنّ إقدامَه على البيعِ بعدَ العلمِ بالجِنايةِ اختيارٌ للفِداءِ [(١)] إذْ لو لم يخترْ لَما باعَه لما فيه من إبْطال حقِّ وليِّ الجِنايةِ في الدّفْعِ، والظّاهرُ أنّه لا يَرْضَى به وعلى تقديرِ الاختيارِ كان البيعُ إبْطالاً لحقِّهم إلى بَدَلٍ وهو الفِداءُ فكان الإقدامُ على البيعِ اختيارًا للفِداءِ بخلافِ ما إذا كان عليه قَتْلٌ أو قَطْعٌ بسبب السّرِقةِ أو حَدٌّ؛ لأنّ البيعَ لا يوجِبُ بُطْلانَ هذه الحُقوقِ فلم يكنِ الإقدامُ على البيعِ اختيارًا للفِداءِ فلا تَسْقُطُ هذه الحُقوقُ بل بقيَتْ على حالِها، وإنْ كان [(٢)] عالِمًا بالجِنايةِ يَلْزَمْه الأقَلُّ من قيمَتِه [٣/ ٧٧أ] ومن أرشِ الجِنايةِ؛ لأنّه إذا لم يكنْ عالِمًا بالجِنايةِ كان البيعُ استِهْلاكًا للعبدِ من غيرِ اختيارِه فعليه الأقَلُّ من قيمَتِه ومن (أرشِ الجِنايةِ) [(٣)]؛ لأنّه ما أتْلَفَ على وليِّ الجِنايةِ إلاّ قدرَ الأرشِ إلاّ إذا كان أقَلُّهما عشرةُ آلافِ درهمٍ فيَنْقُصُ منها عشرةَ دراهمَ؛ لأنّ قيمةَ قَتْلِ العبدِ خَطَأً إذا بَلَغَ عشرةَ آلافِ درهمٍ يَنْقُصُ منها عشرةُ دراهمَ.

وكذلك لو أعتقَه المولى أو دَبّرَه أو كاتَبَ أَمَةً فاستَوْلَدَها جاز ولا سبيلَ لوَليِّ الجِنايةِ على العبدِ والمُدَبّرِ وأُمِّ الولدِ، غيرَ أنّه إنْ عَلِمَ بالجِنايةِ كان ذلك اختيارًا منه للفِداءِ.

وإنْ لم يعلم فعليه الأقَلُّ من قيمَتِه ومن الدّيْنِ، وما زادَ على هذا نَذْكُرُه في كِتاب جِناياتِ العبيدِ في آخرِ كِتاب الجِناياتِ إنْ شاء اللّه تعالى.

فصْل [في شروط الصحة]

وأمّا شرائطُ الصحّةِ فأنواعٌ:

بعضُها يَعُمُّ البياعاتِ كُلّها، وبعضُها يَخُصُّ البعضَ دونَ البعضِ.

---

(١) في المخطوط: «الفداء».

(٢) في المخطوط: «لم يكن».

(٣) في المخطوط: «الأرش».

أمّا الشّرائطُ العامّةُ:

فمنها: ما ذَكَرْنا من شرائطِ الانعِقادِ والنّفاذِ. لأنّ ما لا يَنْعَقِدُ ولا يَنْفُذُ البيعُ بدونِه لا يصحُّ بدونِه ضَرورةً، إذِ الصّحّةُ أمرٌ زائدٌ على [أصل] [(١)] الانعِقادِ والنّفاذِ، فكُلُّ ما كان شرطَ الانعِقادِ والنّفاذِ كان شرطَ الصّحّةِ ضَرورةً، وليس كُلُّ ما يكونُ شرطَ الصّحّةِ يكونُ شرطَ النّفاذِ والانعِقادِ عندَنا فإنّ البيعَ الفاسِدَ يَنْعَقِدُ ويَنْفُذُ عندَ اتِّصالِ القبْضِ به عندَنا وإنْ لم يكنْ صَحيحًا.

ومنها: أنْ يكونَ المبيعُ معلومًا وثَمَنُه معلومًا علمًا يمْنَعُ من المُنازَعةِ.

فإنْ كان أحدُهما مجهولاً جَهالةً [مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ [فسَدَ البيعُ، وإنْ كان مجهولاً جَهالةً] [(٢)] لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ لا يَفْسُدُ [(٣)]؛ لأنّ الجهالةَ إذا كانت مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ كانت مانِعةً من التّسْليمِ والتّسَلُّمِ فلا يَحْصُلُ مقصودُ البيعِ، وإذا لم تَكُنْ مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ لا تمنَعُ من ذلك؛ فيَحْصُلُ المقصودُ.

وبيانُه في مسائلَ:

إذا قال: بعْتُكَ شاةً من هذا القطيعِ أو ثَوْبًا من هذا العِدْلِ فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنّ الشّاةَ من القطيعِ والثّوبَ من العِدْلِ مجهولٌ جَهالةً مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ لتَفاحُشِ التّفاوُتِ بين شاةٍ وشاةٍ، وثَوْبٍ وثَوْبٍ، فيوجِبُ فسادَ البيعِ، فإنْ عَيّنَ البائعُ شاةً أو ثَوْبًا وسَلّمَه إليه ورَضِيَ [(٤)] به جاز ويكونُ ذلك ابتِداءَ بيعٍ بالمُراضاةِ؛ ولأنّ البياعاتِ للتّوَسُّلِ إلى استيفاءِ النُّفوسِ إلى انقِضاءِ آجالِها والتّنازُعُ يُفْضي إلى التّفاني فيتناقضُ؛ ولأنّ الرِّضا شرطُ البيعِ والرِّضا لا يتعَلّقُ إلاّ بالمعلومِ.

والكلامُ في هذا الشّرطِ في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: أنّ العلمَ بالمبيعِ والثّمَنِ علمًا مانِعًا من المُنازَعةِ شرطُ صحّةِ البيعِ.

والثّاني: في بيانِ ما يَحْصُلُ به العلمُ بهما.

أمّا الأوّلُ: فبيانُه في مسائلَ، وكذا إذا قال: بعْتُكَ أحدَ هذه الأثْواب الأربعةِ بكذا وذَكَرَ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «تفسد».
(٤) في المخطوط: «فرضي».

خيارَ التّعْيينِ أو سَكَتَ عنه أو قال: بعْتُكَ أحدَ هذَيْنِ الثّوبينِ أو أحدَ هذه الأثْواب الثّلاثةِ بكذا وسَكَتَ عن الخيارِ، فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنّ المبيعَ مجهولٌ، ولو ذَكَرَ الخيارَ بأنْ قال على أنّكَ بالخيارِ تَأخُذُ أيّها شئتَ بثَمَنِ كذا وتَرُدُّ الباقيَ فالقياسُ أنْ يَفْسُدَ البيعُ وفي الاستِحْسانِ لا يَفْسُدُ.

وَجْهُ القياسِ: أنّ المبيعَ مجهولٌ؛ لأنّه باعَ أحدَهما غيرَ عَيْنٍ وهو غيرُ معلومٍ فكان المبيعُ مجهولاً فيمْنَعُ صحّةَ البيعِ، كما لو باعَ أحدَ الأثْواب الأربعةِ وذَكَرَ الخيارَ.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: الاستِدْلال بخيارِ الشّرطِ والجامِعُ بينهما مِساسُ الحاجةِ إلى دَفْعِ الغبنِ، وكُلُّ واحدٍ من الخيارَيْنِ طريقٌ إلى دَفْعِ الغبنِ، ووُرودُ الشّرعِ هناك يكونُ وُرودًا ههنا [دلالة] (١)، والحاجةُ تَنْدَفِعُ بالتّحَرّي في ثلاثةٍ لاقْتِصارِ الأشياءِ على الجيِّدِ والوسَطِ والرّديءِ فيَبْقَى الحُكمُ في الزّيادةِ مردودًا إلى أصلِ القياسِ، ولأنّ النّاسَ تَعامَلوا هذا البيعَ لحاجَتِهم إلى ذلك فإنّ كُلّ أحدٍ لا يُمْكِنُه أنْ يدخلَ السّوقَ فيشتريَ ما يَحْتاجُ إليه خُصوصًا الأكابرَ والنّساءَ فيَحْتاجَ إلى أنْ يأمُرَ غيرَه ولا تَنْدَفِعُ حاجَتُه بشراءِ شيءٍ واحدٍ مُعَيّنٍ من ذلك الجِنْسِ لما عَسَى لا يوافِقُ الآمِرَ فيَحْتاجَ إلى أنْ يشتريَ أحدَ اثنَيْنِ من ذلك الجِنْسِ فيَحمِلَهما جميعًا إلى الآمِرِ فيَخْتارَ أيّهما شاء بالثّمنِ المذكورِ ويَرُدّ الباقيَ، فجَوّزْنا ذلك لتَعامُلِ النّاسِ ولا تَعامُلَ فيما زادَ على الثّلاثةِ (٢) فبقيَ الحُكمُ فيه على أصلِ القياسِ.

وقولُه: المعقودُ عليه مجهولٌ قُلْنا: هذا مَمْنوعٌ فإنّه إذا شرَطَ الخيارَ بأنْ قال: على أنْ تَأخُذَ أيّهما شئتَ فقد انعَقَدَ البيعُ موجِبًا للملكِ عندَ اختيارِه لا للحالِ، والمعقودُ عليه عندَ اختيارِه [٣/ ٧٨أ] معلومٌ مع أنّ هذه جَهالةٌ لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ؛ لأنّه فوّضَ الأمرَ إلى اختيارِ المُشْتَري يأخُذُ أيّهما شاء فلا تَقَعُ المُنازَعةُ، وهل يُشْتَرَطُ بيانُ المُدّةِ في هذا الخيارِ.

اختلف المشايخُ فيه لاختلافِ ألفاظِ محمّدٍ في هذه المسألةِ في الكُتُب فذَكَرَ في الجامِعِ الصّغيرِ: على أنْ يأخُذَ المُشْتَري أيّهما شاء وهو فيه بالخيارِ ثلاثةَ أيّامٍ.

وذكرَ في الأصلِ: على أنْ يأخُذَ أيّهما شاء بألفٍ ولم يَذْكُرِ الخيارَ فقال بعضُهم: لا

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الثلاث».

يجوزُ هذا البيعُ إلاّ بذِكرِ مُدّةِ خيارِ الشّرطِ وهو ثلاثةُ أيّام فما دونَها عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله، وعندَهما: الثّلاثُ وما زادَ عليها بعدَ أنْ يكونَ معلومًا، وهو قولُ الكَرْخيِّ والطّحاويِّ رحمهما الله وقال بعضُهم يصحُّ من غيرِ ذِكرِ المُدّةِ.

وَجهُ قولِ الأوّلين: أنّ المبيعَ لو كان ثَوْبًا واحدًا مُعيّنًا وشُرِطَ فيه الخيارُ كان بيانُ المُدّةِ شرطَ الصِّحّةِ بالإجماعِ، فكذا إذا كان واحدًا غيرَ مُعيّنٍ، والجامِعُ بينهما أنّ تَرْكَ التّوْقيتِ تَجْهيلٌ لمُدّةِ الخيارِ وأنّه مُفسِدٌ للبيعِ؛ لأنّ للمُشْتَري أنْ يَرُدّهما جميعًا، والثّابتُ بخيارِ التّعْيينِ رَدُّ أحدِهما وهذا حُكمُ خيارِ الشّرطِ فلا بُدّ من ذِكرِ مُدّةٍ معلومةٍ.

وَجهُ قولِ الآخرين: أنّ تَوْقيتَ الخيارِ في المُعيّنِ إنّما كان شرطًا؛ لأنّ الخيارَ فيه يمْنَعُ ثُبوتَ الحُكمِ للحاجةِ إلى دَفْعِ الغبنِ بواسِطةِ التّأمُّلِ فكان في معنى الاستثناءِ فلا بُدّ من التّوْقيتِ ليصحّ استثناءُ ذلك في الوقتِ عن ثُبوتِ حُكمِ البيعِ فيه، وخيارُ التّعْيينِ لا يمْنَعُ ثُبوتَ الحُكمِ بل يَثْبُتُ الحُكمُ في أحدِهما غيرَ عَيْنٍ، وإنّما يُمْنَعُ تَعَيُّنُ المبيعِ لا غيرُ، فلا يُشْتَرَطُ له بيانُ المُدّةِ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

والدّليلُ على التّفرِقةِ بينهما أنّ خيارَ الشّرطِ لا يورَثُ على أصلِ أصحابنا، وخيارُ التّعْيينِ يورَثُ بالإجماعِ، إلاّ أنّ للمُشْتَري أنْ يَرُدّهما جميعًا لا حُكمًا لخيارِ الشّرطِ المعهودِ ليشترِطَ له بيانَ المُدّةِ بل لأنّ البيعَ المُضافَ إلى أحدِهما غيرُ لازِمٍ فكان مَحَلاً للفسخِ كالبيعِ بشرطِ خيارٍ معهودٍ على ما نَذْكُرُ إنْ شاء الله تعالى.

وعلى هذا يُخَرّجُ ما إذا اشترى ثَوْبينِ أو عبدَيْنِ أو دابّتَيْنِ على أنّ المُشْتَرِيَ أو البائعَ بالخيارِ في أحدِهما ثلاثةَ أيّام ولم يُعَيّنِ الذي فيه الخيارُ من الذي لا خيارَ فيه ولا بين حِصّة كُلِّ واحدٍ منهما من الثّمَنِ أنّ البيعَ فاسِدٌ فيهما جميعًا لجَهالةِ المبيعِ والثّمَنِ.

أمّا جهالةُ المبيعِ: فلأنّ العقدَ في أحدِهما باتٌّ وفي الآخَرِ خيارٌ ولم يُعَيّنْ أحدُهما من الآخَرِ فكان المبيعُ [١] مجهولاً.

وأمّا جهالةُ الثّمنِ: فلأنّه إذا لم يُسَمّ لكُلِّ واحدٍ منهما ثَمَنًا فلا يُعْرَفُ ذلك إلاّ بالحزَرِ والظّنِّ فكان الثّمَنُ مجهولاً والمبيعُ مجهولاً وجَهالةُ أحدِهما تمنَعُ صحّةَ البيعِ فجَهالَتُهما أولى.

(١) في المخطوط: «البيع».

وَكذا إذا عَيّنَ الذي فيه الخيارُ لكنْ لم يُبيِّنْ حِصّةَ كُلِّ واحدٍ منهما من الثّمَنِ؛ لأنّ الثّمَنَ مجهولٌ، وكذا إذا بيّنَ ثَمَنَ كُلِّ واحدٍ منهما لكنْ لم يُعَيِّنِ الذي فيه الخيارُ من صاحِبه؛ لأنّ المبيعَ مجهولٌ ولو عَيّنَ وبيّنَ جاز البيعُ فيهما جميعًا؛ لأنّ المبيعَ والثّمَنَ معلومانِ ويكونُ البيعُ في أحدِهما باتًّا من غيرِ خيارٍ وفي الآخَرِ فيه خيارٌ؛ لأنّه هكذا فعَلَ فإذا أجاز مَنْ له الخيارُ البيعَ فيما له فيه الخيارُ أو مات أو مَضَتْ مُدّةُ الخيارِ من غيرِ فسْخٍ حتّى تَمّ البيعُ ولزِمَ المُشْتَرِيَ ثَمَنُهما ليس له أنْ يأخُذَ أحدَهما أو كِلاهما ما لم يَنْقُدْ ثَمَنَهما جميعًا؛ لأنّ الخيارَ لَمّا سَقَطَ ولزِمَ العقدُ صار كأنّه اشتَراهما جميعًا شراءً باتًّا، ولو كان [الأمر] (١) كذلك كان الأمرُ على ما وصَفْنا.

فكذا هذا ولو اشترى ثَوْبًا واحدًا أو دابّةً واحدةً بثَمَنٍ معلومٍ على أنّ المُشْتَرِيَ أو البائعَ بالخيارِ في نصفِه ونصفُه باتٌّ جاز البيعُ؛ لأنّ النِّصفَ معلومٌ وثَمَنُه معلومٌ أيضًا والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَلو باعَ عَدَدًا من جملةِ [من] (٢) المعدوداتِ المُتَفاوِتةِ كالبطِّيخِ والرُّمّانِ بدرهمٍ والجملةُ أكثَرُ مِمّا سَمّى فالبيعُ فاسِدٌ لجَهالةِ المبيعِ جَهالةً مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ، فإنْ عَزَلَ ذلك القدرَ من الجملةِ بعدَ ذلك أو تَراضَيا عليه فهو جائزٌ؛ لأنّ ذلك بيعٌ مُبْتَدَأٌ بطريقِ التّعاطي وإليه أشارَ في الكِتاب فقال: وإنّما وقَعَ البيعُ على هذا المعزولِ حين تَراضَيا وهذا نصٌّ على جَوازِ البيعِ بالمُراوَضةِ.

ولو قال: بعْتُ هذا العبدَ بقيمَتِه فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنّه جعل ثَمَنَه قيمَتَه وإنّها تختَلِفُ باختلافِ تقويمِ المُقَوِّمينَ فكان الثّمَنُ مجهولاً، وكذلك إذا اشترى من هذا اللّحم ثلاثةَ أرطالٍ بدرهمٍ ولم يُبيِّنِ الموضِعَ [٣/ ١٧٨أ] فالبيعُ فاسِدٌ، وكذلك إذا (٣) بيّنَ الموضِعَ بأنْ قال زِنْ لي من هذا الجنْبِ رَطْلاً بكذا أو من هذا الفخِذِ على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ في السّلَمِ وعلى قياسِ قولِهما يجوز.

وكذا رُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله أنّه يجوزُ وكذا إذا باعَ بحُكمِ المُشْتَري أو بحُكمِ فُلانٍ؛ لأنّه لا يَدْري بماذا يَحْكُمُ فُلانٌ فكان الثّمَنُ مجهولاً وكذا إذا قال بعْتُكَ هذا بقَفيزِ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «إن».

حِنْطةٍ أو بقَفيزي شَعيرٍ؛ لأنّ الثّمَنَ مجهولٌ، وقيلَ: هو البيعانِ في بيعٍ.

وقد رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ نَهَى عن بيعَيْنِ في بيعٍ [(١)].

وكذا إذا قال: بعْتُكَ هذا العبدَ بألفِ درهمٍ إلى سَنةٍ أو بألفٍ وخمسِمائةٍ إلى سَنتَيْنِ؛ لأنّ الثّمَنَ مجهولٌ، وقيلَ: هو الشّرطانِ في بيعٍ.

وقد رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ نَهَى عن شرطَيْنِ في بيعٍ [(٢)]، ولو باعَ شيئًا برِبْحِ ده يازده ولم يعلم المُشْتَري رأسَ مالِه فالبيعُ فاسِدٌ حتّى يعلَمَ فيَخْتارَ أو يَدَعَ هكذا رَوَى ابنُ رُسْتُمَ عن محمّدٍ؛ لأنّه إذا لم يُعْلم رأسُ مالِه كان ثَمَنُه مجهولاً وجَهالةُ الثّمَنِ تمنَعُ صحّةَ البيعِ فإذا عَلِمَ ورَضِيَ به جاز البيعُ؛ لأنّ المانِعَ من الجوازِ هو الجهالةُ عندَ العقدِ وقد زالَتْ في المجلسِ وله حُكمُ حالةِ العقدِ فصار كأنّه كان معلومًا عندَ العقدِ وإنْ لم يعلم به حتّى إذا افْتَرَقا تَقَرّرَ الفسادُ.

[وَلو هَلَكَ المبيعُ قبل العلمِ بعدَ القبْضِ فعليه قيمَتُه؛ لأنّ هذا حُكمُ البيعِ الفاسِدِ وقد تَقَرّرَ الفسادُ] [(٣)] بالهَلاكِ؛ لأنّ بالهَلاكِ خرج البيعُ عن احتمالِ الإجازةِ والرّضا؛ لأنّ الإجازةَ إنّما تَلْحقُ القائمَ دونَ الهالِكِ فتَقَرّرَ الفسادُ فلَزِمَتْه [(٤)] القيمةُ.

ورَوَى ابنُ شُجاعٍ عن محمّدٍ أنّ البيعَ جائزٌ ومعناه أنّه موقوفٌ على الإجازةِ وإليه أشارَ أبو يوسُفَ رحمه اللّه فإنّه قال: صَحّ وهذه أمارةُ البيعِ الموقوفِ فإنْ مات البائعُ قبل أنْ يَرْضَى المُشْتَري وقد قَبَضَ أو لم يقبضِ انتقضَ البيعُ ولو كان المبيعُ عبدًا فقَبَضَه ثُمّ أعتقَه

(١) صحيح: أخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، برقم (١٢٣١)، والنسائي، برقم (٤٦٣٢)، وأحمد، برقم (٩٣٠١)، وابن حبان (١١/ ٣٤٧)، برقم (٤٩٧٣)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٤٣)، برقم (١٠٦٦٠)، وأبو يعلى في مسنده (١٠/ ٥٠٧)، برقم (٦١٢٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، انظر صحيح الجامع الصغير، رقم (٦٩٤٣).

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم (٣٥٠٤)، والترمذي، برقم (١٢٣٤)، والنسائي، برقم (٤٦١١)، وأحمد، برقم (٦٥٩١)، والترمذي، برقم (٢٥٦٠)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢١)، برقم (٢١٨٥)، والدارقطني (٣/ ٧٤)، برقم (٢٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٢٦٧)، برقم (١٠١٩٩)، والطبراني في الأوسط (٢/ ١٥٤)، برقم (١٥٥٤)، وأبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢٩٨)، برقم (٢٢٥٧)، وعبد الرازق في مصنفه (٨/ ٣٩) برقم (١٤٢١٥)، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٨) كل من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، انظر صحيح سنن النسائي.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «ولزمه».

أو باعَه أو مات قبل العلمِ جاز العتقُ والبيعُ وعليه قيمَتُه؛ لوجودِ الهَلاكِ حقيقةً بالموتِ وبالإعتاقِ في المبيعِ فخرج البيعُ عن احتمالِ الإجازةِ فتأكّدَ الفسادُ فيَلْزَمُه القيمةُ، ولو أعتقَه بعدَما عَلِمَ برأسِ المالِ فعليه الثّمَنُ؛ لأنّ إقدامَه على الإعتاقِ دَليلُ الإجازةِ، ولو عَتَقَ بالقرابةِ قبل العلمِ بالثّمَنِ بعدَ القبْضِ فعليه قيمَتُه؛ لأنّه لا صُنْعَ له في القرابةِ فلم يوجدْ دَليلُ الإجازةِ فكان العتقُ بها بمنزلةِ هَلاكِ العبدِ قبل العلمِ وهناك تجبُ القيمةُ كذا ههنا.

وَكذا إذا باعَ الشّيءَ برَقْمِه أو رأسِ مالِه ولم يعلم المُشْتَري رَقْمَه ورأسَ مالِه فهو كما إذا باعَ شيئًا برِبْحِ (ده يازده) [١] ولم يعلم ما اشترى به.

وَلو قال: بعْتُكَ قَفيزًا من هذه الصُّبْرةِ، صَحّ وإنْ كان قَفيزًا من صُبْرةٍ مجهولاً لكنْ هذه جَهالةٌ لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ؛ لأنّ الصُّبْرةَ الواحدةَ مُتَماثِلةُ القُفْزانِ بخلافِ الشّاةِ من القطيعِ وثَوْبٍ من الأربعةِ؛ لأنّ بين شاةٍ وشاةٍ تَفاوُتًا فاحِشًا وكذا بين ثَوْبٍ وثَوْبٍ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَلو باعَ شيئًا بعشرةِ دراهمَ أو بعشرةِ دَنانيرَ وفي البلَدِ نُقودٌ مُخْتَلِفةٌ انصَرَفَ إلى النّقْدِ الغالِبِ؛ لأنّ مُطْلَقَ الاسمِ يَنْصَرِفُ إلى المُتَعارَفِ خُصوصًا إذا كان فيه صحّةُ العقدِ وإنْ كان في البلَدِ نُقودٌ غالِبةٌ فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنّ الثّمَنَ مجهولٌ إذِ البعضُ ليس بأولى من البعضِ وعلى هذا يُخَرّجُ أصلُ أبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ أنّ جملةَ الثّمَنِ إذا كانت مجهولةً عندَ العقدِ في بيعٍ مُضافٍ إلى جملةٍ فالبيعُ فاسِدٌ إلاّ في القدرِ الذي جَهالَتُه لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ.

وجملةُ الكلامِ فيه: أنّ المبيعَ لا يَخْلو إمّا أنْ كان من المثليّاتِ من المكيلاتِ والموزوناتِ والعدَديّاتِ المُتَقارِبةِ وإمّا أنْ يكونَ من غيرِها من الذّرْعيّاتِ والعدَديّاتِ المُتَفاوِتةِ ولا يَخْلو إمّا أنْ سَمّى جملةَ الكيْلِ والوزْنِ والعدَدِ والذّرْعِ في البيعِ وإمّا أنْ لم يُسَمِّ.

امّا المكيلات: فإنْ لم يُسَمِّ جملَتَها بأنْ قال: بعْتُ منكَ [٢] هذه الصُّبْرةَ كُلّ قَفيزٍ منها بدرهمٍ لم يَجُزِ البيعُ إلاّ في قَفيزٍ منها بدرهمٍ ويَلْزَمُ البيعُ فيه عندَ أبي حنيفةَ ولا يجوزُ في

---

(١) في المخطوط: «ده بازده».

(٢) في المخطوط: «مثل».

الباقي إلاّ إذا عَلِمَ المُشْتَري جملةَ القُفْزانِ قبل الافْتِراقِ بأنْ كالَها فلَه الخيارُ إنْ شاء أخذ كُلّ قَفيزٍ منها بدرهمٍ وإنْ شاء ترك، وإنْ لم يعلم حتّى افْتَرَقا عن المجلسِ تَقرّرَ الفسادُ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يَلْزَمُه البيعُ في كُلِّ الصُّبْرةِ كُلّ قَفيزٍ منها بدرهمٍ سَواءٌ عَلِمَ أو لم يعلم.

وعلى هذا الخلافِ [إذا قال: كُلُّ قَفيزٍ منها بدرهمَيْنِ أو كُلُّ ثلاثةِ أقفِزةٍ منها بثلاثةِ دراهمَ، وعلى هذا الخلافِ] (١) الوزْنُ الذي لا ضَرَرَ في تَبْعيضِه كالزّيْتِ وتِبْرِ الذّهَبِ والفِضّةِ، والعدَديُّ المُتَقارِبُ كالجوْزِ واللّوْزِ إذا لم يُسَمِّ جملَتَها.

وأمّا الذّرْعيّاتُ: فإنْ لم يُسَمِّ جملةَ الذُّرْعانِ بأنْ قال بعْتُ [٣/ ٧٨ب] منكَ هذا الثّوبَ أو هذه الأرضَ أو هذه الخشَبةَ كُلّ ذِراعٍ منها بدرهمٍ فالبيعُ فاسِدٌ في الكُلِّ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله إلاّ إذا عَلِمَ المُشْتَري جملَةَ الذُّرْعانِ في المجلسِ فلَه الخيارُ إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترك، وإنْ لم يعلم حتّى إذا تَفرّقا تَقرّرَ الفسادُ، وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ يجوزُ البيعُ في الكُلِّ ويَلْزَمُه كُلُّ ذِراعٍ منه بدرهمٍ.

وعلى هذا الخلافِ إذا قال: كُلُّ ذِراعَيْنِ بدرهمَيْنِ أو كُلُّ ثلاثةِ أذْرُعٍ بثلاثةِ دراهمَ، وعلى هذا الخلافِ العدَديّاتُ المُتَفاوِتةُ كالأغْنامِ والعبيدِ بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذا القطيعَ من الغنَمِ كُلّ شاةٍ منها بعشرةِ دراهمَ ولم يُسَمِّ جملةَ الشّياه، وعلى هذا الخلافِ الوزْنيُّ الذي في تَبْعيضِه ضَرَرٌ كالمصوغِ من الأواني والقُلْب ونحوِ ذلك.

وَجْهُ قولِهما في مسائلِ الخلافِ: أنّ جملةَ البيعِ معلومةٌ وجملةَ الثّمَنِ مُمْكِنُ الوُصولِ إلى العلمِ بالكيْلِ والوزْنِ والعدَدِ والذّرْعِ فكانت هذه جَهالةٌ مُمْكِنةَ الرّفْعِ والإزالةِ ومثلُ هذه الجهالةِ لا تمنَعُ صحّةَ البيعِ كما إذا باعَ بوزْنِ هذا الحجَرِ ذَهَبًا، ولأبي حنيفةَ رحمه الله أنّ جملةَ الثّمَنِ مجهولةٌ حالةَ العقدِ جَهالةٌ مُفْضيةٌ إلى المُنازَعةِ فتوجِبُ فسادَ العقدِ كما إذا باعَ الشّيْءَ برَقْمِه ولا شَكّ أنّ جَهالةَ الثّمَنِ حالةَ العقدِ مجهولةٌ؛ لأنّه باعَ كُلّ قَفيزٍ من الصُّبْرةِ بدرهمٍ وجملةُ القُفْزانِ ليستْ بمعلومةٍ حالةَ العقدِ فلا تكونُ جملةُ الثّمَنِ معلومةً ضَرورةً، وكذلك هذا في الموزونِ والمعدودِ والمذروعِ.

وقولُهما: يُمْكِنُ رَفْعُ هذه الجهالةِ مُسَلّمٌ لكنّها ثابتةٌ للحالِ إلى أنْ تَرْتَفِعَ، وعندَنا إذا

---

(١) ليست في المخطوط.

ارْتَفَعَتْ في المجلسِ يَنْقَلِبُ العقدُ إلى الجوازِ؛ لأنّ المجلسَ وإنْ طالَ فلَه حُكمُ ساعةِ العقدِ، والبيعُ بوَزْنِ هذا الحجَرِ ذَهَبًا مَمْنوعٌ على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله وإنّما اختلف جَوابُ أبي حنيفةَ بين المثليّاتِ وغيرِها من وجهٍ حيثُ جَوّزَ [١] البيعَ في واحدٍ في باب الأمثالِ ولم يُجزْ في غيرِها أصلاً؛ لأنّ المانِعَ من الصِّحّةِ جَهالةُ الثّمَنِ لكَوْنِها مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ، وجَهالةُ قَفيزٍ من صُبْرةٍ غيرُ مانِعةٍ مع الصِّحّةِ؛ لأنّها لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ.

ألا تَرَى لو اشترى قَفيزًا من هذه الصُّبْرةِ ابتِداءً جاز؟ فإذا تَعذّرَ العمَلُ بعُموم كلِمةِ (كُلّ) صُرِفَتْ إلى الخُصوصِ؛ لأنّه مُمْكِنٌ على الأصلِ المعهودِ في صيغةِ العامِّ إذا تَعذّرَ العملُ بعُمومِها أنّها تُصْرَفُ إلى الخُصوصِ عندَ إمكانِ الصّرْفِ إليه بخلافِ الأشياءِ المُتَفاوِتةِ؛ لأنّ جَهالةَ شاةٍ من قَطيعٍ وذِراعٍ من ثَوْبٍ جَهالةٌ مُفْضيةٌ إلى المُنازَعةِ.

ألا تَرَى أنّ بيعَ ذِراعٍ من ثَوْبٍ وشاةٍ من قَطيعٍ لا يجوزُ ابتِداءً فتَعذّرَ العمَلُ بعُمومِ كلِمةِ (كُلّ) ففَسَدَ البيعُ في الكُلِّ، ولو قال: بعْتُ منكَ هذا القطيعَ من الغنَمِ كُلّ شاتَيْنِ بعِشْرينَ درهمًا فالبيعُ فاسِدٌ في الكُلِّ بالإجماعِ.

وإنْ عَلِمَ المُشْتَري عَدَدَ الجملةِ في المجلسِ واختارَ البيعَ فُرِّقَ بين المعدودِ المُتَفاوِتِ وبين المذروعِ والمكيلِ والموزونِ والمعدودِ [٢] المُتَقارِب أنّ الواحدَ والاثنَيْنِ هناك على الاختلافِ، وإذا عَلِمَ في المجلسِ واختارَ البيعَ يجوزُ بلا خلافٍ، وههنا لا يجوزُ في الاثنَيْنِ بلا خلافٍ، وإنْ عَلِمَ واختارَ البيعَ.

ووَجه الفرقِ: أنّ المانِعَ هناك جَهالةُ الثّمَنِ وهي (مُحْتَمِلةُ الارْتِفاعِ والزّوالِ) [٣] ثَمّةَ بالعلمِ في المجلسِ فكان المانِعُ يحتملُ الزّوالَ، والجهالةُ ههنا لا تحتَمِلُ الارْتِفاعَ أصلاً؛ لأنّ ثَمّةَ كُلّ واحدٍ منهما مجهولٌ لا يُدْرَى كم هو.

ولو قال: بعْتُ منكَ هذه الصُّبْرةَ بمائةِ درهمٍ كُلّ قفيزٍ بدرهمٍ ولم يُسَمِّ جملةَ الصُّبْرةِ ولكنّه سَمّى جملةَ الثّمَنِ، لم يُذْكَرْ هذا في الأصلِ وذَكَرَ الطّحاويُّ رحمه الله أنّه يجوزُ وهو صَحيحٌ؛ لأنّ المانِعَ (جَهالةُ الثّمَنِ) [٤] ولم توجَدْ حيثُ سَمّاها وصارتْ تَسْميةُ جملةِ الثّمَنِ بمنزلةِ تَسْميةِ جملةِ المبيعِ، ولو سَمّى جملةَ المبيعِ لَجاز على ما نَذْكُرُه [٥] كذا هذا.

(١) في المخطوط: «جاز».
(٢) في المخطوط: «العددي».
(٣) في المخطوط: «مرتفعة».
(٤) في المخطوط: «جهله».
(٥) في المخطوط: «نذكر».

هذا الذي ذَكَرْنا إذا لم يُسَمِّ جملةَ المبيعِ من المكيلاتِ والموزوناتِ والمذروعاتِ والمعدوداتِ، فأمّا إذا أسماها بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذه الصُّبْرةَ على أنّها مائةُ قفيزٍ [كُلُّ قَفيزٍ بدرهم، أو قال على أنّها مائةُ قَفيزٍ بمائةِ درهم سَمّى لكُلِّ واحدٍ من القُفْزانِ ثَمَنًا على حِدةٍ أو سَمّى للكُلِّ ثَمَنًا واحدًا هما سَواءٌ، فلا شَكَّ في جَوازِ البيعِ؛ لأنّ جملةَ المبيعِ معلومةٌ وجملةَ الثّمَنِ معلومةٌ ثُمّ إنْ وجَدَها كما سَمّى فالأمرُ ماضٍ ولا خيارَ للمُشْتَري وإنْ وجَدَها أَزْيَدَ من مائةِ قَفيزٍ فالزّيادةُ لا تُسَلّمُ [٣/ ٧٩أ] للمُشْتَري بل تُرَدُّ إلى البائعِ ولا يكونُ للمُشْتَري إلاّ قدرُ ما سَمّى وهو مائةُ قَفيزٍ ولا خيارَ له وإنْ وجَدَها أقَلّ من مائةِ قَفيزٍ فالمُشْتَري بالخيارِ إنْ شاء أخذها بحِصّتِها من الثّمَنِ وطرَحَ حِصّةَ النُّقْصانِ وإنْ شاء تركها وأصلُ هذا أنّ الزّيادةَ فيما لا ضَرَرَ في تَبْعيضِه لا تَجْري مجرَى الصِّفةِ بل هي أصلٌ فلا بُدّ وأنْ يُقابلَه الثّمَنُ، ولا ثَمَنَ للزّيادةِ فلا يدخلُ في البيعِ فكان ملكَ البائعِ فيُرَدُّ إليه، والنُّقْصانُ فيه نُقْصانُ الأصلِ لا نُقْصانُ الصِّفةِ فإذا وجَدَها أنْقَصَ مِمّا سَمّى؛ نَقَصَ من الثّمَنِ حِصّةَ النُّقْصانِ وإنْ شاء ترك؛ لأنّ الصّفْقةَ تَفَرّقَتْ عليه؛ لأنّها وقَعَتْ على مائةِ قَفيزٍ ولم تُسَلّم له فأوجَبَ خَلَلاً في الرِّضا فيَثْبُتُ له خيارُ التّرْكِ.

وكذا [(١)] الجوابُ في الموزوناتِ التي ليس في تَنْقيصِها ضَرَرٌ؛ لأنّ الزّيادةَ فيها لا تَجْري مجرَى الصِّفةِ بل هي أصلٌ بنفسِها وكذلك المعدوداتُ المُتَقارِبةُ.

وأمّا المذروعاتِ من الثّوب والأرضِ والخشَب وغيرِها فإنْ سَمّى لجملةِ الذُّرْعانِ ثَمَنًا واحدًا ولم يُسَمِّ لكُلِّ ذِراعٍ منها على حِدةٍ بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذا الثّوبَ على أنّه عشرةُ أذْرُعٍ بعشرةِ دراهمَ فالبيعُ جائزٌ؛ لأنّ المبيعَ وثَمَنَه معلومانِ ثُمّ إنْ وجَدَه مثلَ ما سَمّى لَزِمَه الثّوبُ بعشرةِ دراهمَ ولا خيارَ له، وإنْ وجَدَه أحدَ عشرَ ذِراعًا فالزّيادةُ سالِمةٌ للمُشْتَري، وإنْ وجَدَه تِسْعةَ أذْرُعٍ لا يَطْرَحُ لأجلِ النُّقْصانِ شيئًا من الثّمَنِ وهو بالخيارِ:

إنْ شاء أخذه بجميعِ الثّمَنِ، وإنْ شاء ترك، فرقٌ بينهما وبين المكيلاتِ والموزوناتِ التي [(٢)] ليس في تَنْقيصِها [(٣)] ضَرَرٌ والعدَديّاتِ المُتَقارِبةِ.

ووجه الفرقِ: أنّ زيادةَ الذّرْعِ في الذّرْعيّاتِ جاريةٌ مجرَى الصِّفةِ كصِفةِ الجوْدةِ والكِتابةِ

---

(١) في المخطوط: «وكذلك».

(٢) في المخطوط: «أي».

(٣) في المخطوط: «تبعيضها».

والخياطةِ ونحوِها والثّمَنُ يُقابلُ الأصلَ لا الصِّفةَ؛ والدّليلُ على أنّها جاريةٌ مجرَى الصِّفةِ أنّ وجودَها يوجِبُ جَوْدةً في الباقي وفَواتَها يَسْلُبُ صِفةَ الجوْدةِ ويوجِبُ الرّداءةَ فتُلْحقُ الزّيادةُ بالجوْدةِ والنُّقْصانُ بالرّداءةِ حُكمًا والجوْدةُ والرّداءةُ صِفةٌ، والصِّفةُ تُردُّ على الأصلِ دونَ الصِّفةِ، إلاّ أنّ الصِّفةَ تُملَكُ تبَعًا للموصوفِ لكَوْنِها تابعةً قائمةً به فإذا زادَ صار كأنّه اشتَراه رَديئًا فإذا هو جَيِّدٌ، كما إذا اشترى عبدًا على أنّه ليس بكاتِبٍ أو ليس بخَيّاطٍ فوَجَدَه كاتِبًا أو خَيّاطًا أو اشترى عبدًا على أنّه أعوَرُ فوَجَدَه سَليمَ العيْنَيْنِ أو اشترى جاريةً على أنّها ثَيِّبٌ فوَجَدَها بكرًا؛ تُسَلّمُ له ولا خيارَ للبائعِ كذا هذا.

وإذا نَقَصَ صار كأنّه اشتَراه على أنّه جَيِّدٌ فوَجَدَه رَديئًا أو اشترى عبدًا على أنّه كاتِبٌ أو خبّازٌ أو صَحيحُ العيْنَيْنِ فوَجَدَه غيرَ كاتِبٍ ولا خَبّازٍ (ولا صَحيحَ العيْنَيْنِ) (١) أو اشترى جاريةً على أنّها بكرٌ فوَجَدَها ثَيِّبًا؛ لا يَطْرَحُ شيئًا من الثّمنِ [و] (٢) لكنْ يَثْبُتُ له الخيارُ كذا هذا بخلافِ المكيلاتِ والموزوناتِ التي لا ضَرَرَ فيها إذا نَقَصَتْ والمعدوداتِ المُتَقاربةِ؛ لأنّ الزّيادةَ فيها غيرُ مُلْحقةٍ بالأوصافِ؛ لأنّها أصلٌ بنفسِها حقيقةً. والعمَلُ بالحقيقةِ واجِبٌ ما أمكَنَ إلاّ أنّها أُلحِقَتْ بالصِّفةِ في المذروعاتِ ونحوِها؛ لأنّ وجودَها يوجِبُ الجوْدةَ والكمالَ للباقي وفَواتَها يوجِبُ النُّقْصانَ والرّداءةَ له، وهذا المعنى ههنا مُنْعَدِمٌ فبقيَتْ أصلاً بنفسِها حقيقةً وإنْ سَمّى (٣) لكُلِّ ذِراعٍ منها ثَمَنًا على حِدةٍ بأنْ قال: بِعْتُ منكَ هذا الثّوبَ على أنّه عشرةُ أذْرُعٍ كُلّ ذِراعٍ بدرهمٍ فالبيعُ جائزٌ لما قُلْنا، ثُمّ إنْ وجَدَه مثلَ ما سَمّى فالأمرُ ماضٍ ولزِمَه الثّوبُ كُلُّ ذِراعٍ بدرهمٍ وإنْ وجَدَه أحدَ عشرَ ذِراعًا فهو بالخيارِ: إنْ شاء أخذ كُلّه بأحدَ عشرَ درهمًا، وإنْ شاء ترك وإنْ وجَدَه تِسْعةَ أذْرُعٍ فهو بالخيارِ: إنْ شاء طرَحَ حِصّةَ النُّقْصانِ [درهمًا] (٤) وأخذ (٥) بتِسْعةِ دراهمَ، وإنْ شاء ترك؛ لتَفرُّقِ الصّفْقةِ عليه.

وهذا يُشْكِلُ على الأصلِ الذي ذَكَرْنا أنّ زيادةَ الذّرْعِ في المذروعاتِ تَجْري مجرَى الصِّفةِ لها؛ لأنّ الثّمَنَ يُقابلُ الأصلَ دونَ الوصفِ فيَنْبَغي أنْ تكونَ الزّيادةُ سالِمةً للمُشْتَري ولا خيارَ له ولا يَطْرَحُ لأجلِ النُّقْصانِ شيئًا كما في الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ الثّمَنَ يُقابلُ الأصلَ

(١) في المخطوط: «وأعور».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لم يسم».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المطبوع: «وأخذه».

دونَ الصِّفةِ بمنزلةِ زيادةِ الجوْدةِ ونُقْصانِ الرّداءةِ على ما ذَكَرْنا .

وحَلُّ هذا الإشْكالِ أنّ الذّرْعَ في المذروعاتِ إنّما يَجْري مجرَى الصِّفةِ على الإطلاقِ إذا لم يُفرِدْ كُلّ ذِراعٍ بثَمَنٍ على حِدةٍ .

فأمّا إذا أفْرَدَ به فلا يَجْري مجرَى الصِّفةِ مُطْلَقًا بل يكونُ أصلاً من وجهٍ وصِفةً من وجهٍ :

فمن حيثُ إنّ التّبْعيضَ فيها يوجِبُ [٣/ ٧٩ب] تعييبَ الباقي ؛ كانتِ الزّيادةُ صِفةً بمنزلةِ صِفةِ الجوْدةِ ، ومن حيثُ إنّه سَمّى لكُلِّ ذِراعٍ ثَمَنًا على حِدةٍ ؛ كان كُلُّ ذِراعٍ معقودًا عليه فكانتِ الزّيادةُ أصلاً من وجهٍ صِفةً من وجهٍ :

فمن حيثُ إنّها صِفةٌ كانت للمُشْتَري ؛ لأنّ الثّمَنَ يُقابلُ الأصلَ لا الصِّفةَ وإنّما يدخلُ في البيعِ تَبَعًا على ما بيّنّا .

ومن حيثُ إنّها أصلٌ لا يُسَلّمُ له إلاّ بزيادةِ ثَمَنٍ اعتِبارًا للجِهَتَيْنِ جميعًا بقدرِ الإمكانِ فلَه الخيارُ في أخذِ الزّيادةِ وتَرْكِها ؛ لأنّه لو لَزِمَه الأخذُ ، لا مَحالةَ يَلْزَمُه زيادةُ ثَمَنٍ ؛ لم يكنْ لُزومُها ظاهرًا عندَ العقدِ واختَلّ رِضاه فوَجَبَ الخيارُ وفي النُّقْصانِ [(١)] إنْ شاء طرَحَ قدرَ النُّقْصانِ وأخذ الباقيَ اعتِبارًا لجِهةِ الأصالةِ وإنْ شاء ترك ؛ لأنّ الصّفْقةَ تفَرّقَتْ عليه وأوجَبَ خَلَلاً في الرِّضا وذا يوجِبُ الخيارَ هذا إذا كانتِ الزّيادةُ والنُّقْصانُ ذِراعًا تامًّا فأمّا إذا كانت دونَ ذِراعٍ لم يُذْكَرْ هذا في ظاهرِ الرِّواياتِ [(٢)] .

وذُكِرَ في غيرِ رِوايةِ الأُصولِ اختلافُ أقاويلِ أصحابنا الثّلاثةِ في كيْفيّةِ الخيارِ فيه :

فأبو حنيفةَ ومحمّدٌ رحمهما الله فرّقا بين الزّيادةِ والنُّقْصانِ غيرَ أنّ أبا حنيفةَ جعل زيادةَ نصفِ ذِراعٍ بمنزلةِ زيادةِ ذِراعٍ كامِلٍ فقال : إنْ شاء أخذه بأحدَ عشرَ درهمًا وإنْ شاء ترك ، وجعل نُقْصانَ نصفِ ذِراعٍ كلا نُقْصانَ لكنْ جعل له الخيارَ فقال : إنْ شاء أخذه بعشرةِ دراهمَ وإنْ شاء ترك ولا يَطْرَحُ من الثّمَنِ شيئًا لأجلِ النُّقْصانِ ومحمّدٌ جعل على القلْبِ من ذلك فجعل زيادةَ نصفِ ذِراعٍ كلا زيادةَ فقال : يأخُذُ المُشْتَري بجميعِ الثّمَنِ ولا خيارَ له ، وجعل نُقْصانَ نصفِ ذِراعٍ كنُقْصانِ ذِراعٍ كامِلٍ وقال : إنْ شاء أخذ [(٣)] بتِسْعةِ دراهمَ ، وإنْ شاء ترك .

---

(١) في المخطوط : «الخيار» .

(٢) في المخطوط : «الرواية» .

(٣) في المطبوع : «أخذه» .

وأمّا أبو يوسُفَ رحمه الله فسَوّى بين الزّيادةِ والنُّقْصانِ فقال في زيادةِ نصفِ ذِراعٍ: يُزادُ على الثّمَنِ نصفُ درهمٍ وله الخيارُ: إنْ شاء أخذه بعشرةِ دراهمَ ونصفٍ، وإنْ شاء ترك.

وقال في نُقْصانِ نصفِ ذِراعٍ: يَنْقُصُ من الثّمَنِ نصفَ درهمٍ وله الخيارُ: إنْ شاء أخذه بتِسْعةِ دراهمَ ونصفٍ، وإنْ شاء ترك.

والقياسُ ما قاله أبو يوسُفَ وهو اعتِبارُ الجزءِ بالكُلِّ إلاّ أنّهما كأنّهما استَحْسَنا لتَعامُلِ النّاسِ؛ فجعل أبو حنيفةَ زيادةَ نصفِ ذِراعٍ بمنزلةِ [زيادة] [١] ذِراعٍ تامٍّ ونُقْصانَ نصفِ ذِراعٍ كلا نُقْصانَ؛ لأنّ النّاسَ في العاداتِ في بياعاتِهم وأشريَتِهم لا يَعُدّونَ نُقْصانَ نصفِ ذِراعٍ نُقْصانًا بل يَحْسِبونَه ذِراعًا تامًّا، فبَنَى الأمرَ في ذلك على تَعامُلِ النّاسِ وجعل محمّدٌ الأمرَ في ذلك على القلْبِ من ذلك لما أنّ الباعةَ يُسامِحونَ في زيادةِ نصفٍ على القدرِ المُسَمّى في البيعِ عادةً ولا يَعُدّونَه زيادةً؛ فكانت تلك الزّيادةُ مُلْحقةً بالعدَمِ عادةً كأنّه لم يَزِدْ وكذا يُسامِحونَ فيَعُدّونَ نُقْصانَ نصفِ ذِراعٍ في العاداتِ نُقْصانَ ذِراعٍ كامِلٍ؛ فترَكنا القياسَ بتَعامُلِ النّاسِ، ويجوزُ أنْ يكونَ اختلافُ جَوابِهما لاختلافِ عاداتِ النّاسِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وعلى هذا جميعُ المذروعاتِ من الأرضِ والخشَبِ وغيرِهما أنّه إنْ لم يُسَمِّ لكُلِّ ذِراعٍ ثَمَنًا بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذه الأرضَ على أنّها ألفُ ذِراعٍ بألفِ درهمٍ فالبيعُ جائزٌ؛ لما قُلْنا ثُمّ إنْ وجَدَها مثلَ ما سَمّى فالأمرُ ماضٍ ويَلْزَمُه الأرضُ كُلُّ ذِراعٍ بدرهمٍ وإنْ وجَدَها أزْيَدَ فالزّيادةُ سالِمةٌ له ولا خيارَ وإنْ وجَدَها أنْقَصَ فهو بالخيارِ إنْ شاء أخذها بجميعِ الثّمَنِ وإنْ شاء ترك لما ذَكَرْنا أنّ زيادةَ الذّرْعِ في الذّرْعيّاتِ جاريةٌ مجرَى الصِّفاتِ والثّمَنُ يُقابِلُ الأصلَ دونَ الصِّفةِ وإنْ سَمّى لكُلِّ ذِراعٍ ثَمَنًا على حِدةٍ بأنْ قال: كُلُّ ذِراعٍ بكذا؛ فالبيعُ جائزٌ لما ذَكَرْنا ثُمّ إنْ وجَدَها مثلَ ما سَمّى فالأمرُ ماضٍ، وإنْ وجَدَها أزْيَدَ فهو بالخيارِ: إنْ شاء أخذ الزّيادةَ بثَمَنِها، وإنْ شاء ترك؛ لأنّه يَلْزَمُه زيادةُ ثَمَنٍ لم يَلْتَزِمْه كذا العقدِ.

وإنْ وجَدَه أنْقَصَ تَسْقُطْ حِصّتُه من الثّمَنِ وله الخيارُ لتَفرُّقِ الصّفْقةِ على ما ذَكَرْنا في الثّوبِ وعلى هذا الخشَبُ وغيرُه من الذّرْعيّاتِ وعلى هذا الموزوناتُ التي في تَبْعيضِها

---

(١) زيادة من المخطوط.

ضَرَرٌ بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذه السّبيكةَ من الذّهَب على أنّها مِثْقالانِ بكذا فالبيعُ جائزٌ ثُمّ إنْ وُجِدَ على ما سَمّى فالأمرُ ماضٍ وإنْ وجَدَه أزْيَدَ أو أنْقَصَ فهو على التّفصيلِ الذي ذَكَرْنا في الذّرْعيّاتِ.

وعلى هذا إذا باعَ مَصوغًا من نُحاسٍ أو صُفْرٍ أو ما أشبَهَ ذلك على أنّ فيه كذا مَنًّا [٣/ ١٨٠أ] بكذا درهمًا فوَجَدَه أكثرَ أو أقَلّ فهو على التّفصيلِ الذي ذَكَرْنا؛ لأنّ الوزْنَ في مثلِه يكونُ مُلْحقًا بالصّفةِ بمنزلةِ الذّرْعِ في الذّرْعيّاتِ؛ لأنّ تَبْعيضَه يوجِبُ تعييبَ الباقي وهذا حَدُّ الصّفةِ في هذا الباب.

ولو باعَ مَصوغًا من الفِضّةِ على أنّ وزْنَه مائةٌ بعشرةِ دَنانيرَ ولم يُسَمِّ لكُلِّ عشرةٍ ثَمَنًا على حِدةٍ بأنْ قال: بعشرةِ دَنانيرَ ولم يَقُلْ: كُلُّ وزْنِ عشرةٍ بدينارٍ وتَقابَضا وافْتَرَقا؛ فالبيعُ جائزٌ ثُمّ إنْ وجَدَه على ما سَمّى؛ فالأمرُ ماضٍ ولا خيارَ وإنْ وجَدَه أزْيَدَ بأنْ كان مائتَيْ درهمٍ مَثَلًا فالكُلُّ للمُشْتَري بعشرةِ دَنانيرَ ولا يُزادُ في الثّمَنِ شيءٌ؛ لأنّ الزّيادةَ فيه بمنزلةِ الصّفةِ والصّفاتُ المحضةُ لا يُقابلُها الثّمَنُ، وإنْ وجَدَه تِسْعينَ أو ثَمانينَ فهو بالخيارِ على ما ذَكَرْنا وإنْ سَمّى لكُلِّ عشرةٍ ثَمَنًا على حِدةٍ بأنْ قال: بعْتُ منكَ على أنّ وزْنَه مائةٌ بعشرةِ دَنانيرَ، كُلُّ وزْنِ عشرةٍ بدينارٍ وتَقابَضا فالبيعُ جائزٌ، ثُمّ إنْ وجَدَه على ما سَمّى فالأمرُ ماضٍ ولا خيارَ.

وإنْ وجَدَ وزْنَه أزْيَدَ بأنْ كان مائةً وخمسينَ؛ نُظِرَ في ذلك إنْ عَلِمَ ذلك قبل التّفَرُّقِ فلَه الخيارُ: إنْ شاء زادَ في الثّمَنِ خمسةَ دَنانيرَ وأخذ كُلّه بخمسةَ عشرَ دينارًا، وإنْ شاء ترك؛ لأنّ ساعاتِ المجلسِ لها حُكمُ ساعةِ العقدِ.

وإنْ عَلِمَ بعدَ التّفَرُّقِ بَطَلَ البيعُ في ثُلُثِ المصوغِ لانعِدامِ التّقابُضِ فيه وله الخيارُ في الباقي: إنْ شاء رَضِيَ به بعشرةِ دَنانيرَ، وإنْ شاء رَدّ الكُلّ واستَرَدّ الدّنانيرَ؛ لأنّ الشّرِكةَ في الأعيانِ عَيْبٌ.

وإنْ (وجَدَ وزْنَه) (١) خمسينَ وعَلِمَ ذلك قبل التّفَرُّقِ أو بعدَه فلَه الخيارُ: إنْ شاء رَدّه، وإنْ شاء رَضِيَ به واستَرَدّ من الثّمَنِ خمسةَ دَنانيرَ وكذلك لو باعَ مَصوغًا من ذَهَبٍ بدراهمَ فهو على هذا التّفصيلِ.

---

(١) في المخطوط: «وجده».

ولو باعَ مَصوغًا من الفِضّةِ بجِنْسِها أو باعَ مَصوغًا من الذّهَب بجِنْسِه مثلَ وزْنِه على أنّ وزْنَه مائةٌ بمائةٍ ثُمّ وجَدَه أزْيَدَ مِمّا سَمّى فإنْ عَلِمَ بالزّيادةِ قبل التّفرُّقِ؛ فلَه الخيارُ: إنْ شاء زادَ في الثّمَنِ قدرَ وزْنِ الزّيادةِ وأخذ الكُلّ، وإنْ شاء ترك؛ لأنّ المجلسَ له حُكمُ حالةِ العقدِ.

وإنْ عَلِمَ بها بعدَ التّفرُّقِ بَطَلَ البيعُ في الزّيادةِ؛ لأنّ التّقابُضَ شرطُ بقاءِ الصّرْفِ على الصِّحّةِ، ولم يوجدْ في قدرِ الزّيادةِ، وإنْ وجَدَه أقَلّ مِمّا سَمّى، فلَه الخيارُ: إنْ شاء رَضِيَ بحِصّتِه من الثّمَنِ واستَرَدّ فضْلَ الثّمَنِ، وإنْ شاء رَدّ الكُلّ واستَرَدّ جميعَ الثّمَنِ، سَواءٌ سَمّى الجملةَ أو سَمّى لكُلِّ وزْنٍ درهمًا درهمًا؛ لأنّ عندَ اتّحادِ الوزْنِ والجِنْسِ لا يجوزُ البيعُ إلاّ سَواءً بسَواءٍ فصار كأنّه سَمّى ذلك وإنْ لم يُسَمِّ حقيقةً إلاّ الجملةَ.

وأمّا العدَديّاتُ المُتَفاوِتةُ كالغنَمِ والعبيدِ ونحوِها بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذا القطيعَ من الغنَمِ على أنّها مائةُ شاةٍ بكذا فإنْ وجَدَه على ما سَمّى؛ فالبيعُ جائزٌ، وإنْ وجَدَه أزْيَدَ فالبيعُ فاسِدٌ في الكُلِّ سَواءٌ ذَكَرَ للكُلِّ ثَمَنًا واحدًا بأنْ قال: بعْتُ منكَ هذا القطيعَ من الغنم على أنّها مائةُ شاةٍ بألفِ درهم أو ذَكَرَ لكُلِّ شاةٍ فيها ثَمَنًا على حِدةٍ بأنْ قال: كُلُّ شاةٍ بعشرةِ دراهمَ؛ لأنّ كُلّ شاةٍ أصلٌ في كونِها معقودًا عليها والزّيادةُ لم تدخل تحت العقدِ؛ لأنّه لا يُقابلُها ثَمَنٌ؛ فلم تَكُنْ مَبيعةً وهي مجهولةٌ فكان الباقي مجهولاً ضَرورةَ جَهالةِ الزّيادةِ فيصيرُ بائعًا مائةَ شاةٍ من مائةِ شاةٍ وواحدةٍ فكان المبيعُ مجهولاً، وجَهالةُ المبيعِ تمنَعُ صحّةَ البيعِ سَمّى له ثَمَنًا أو لم يُسَمِّ، وإنْ وجَدَه أقَلّ مِمّا سَمّى: فإنْ [كان] [(١)] لم يُسَمِّ لكُلِّ واحدةٍ منها ثَمَنًا فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنّ الثّمَنَ مجهولٌ؛ لأنّه يَحْتاجُ إلى طرْحِ ثَمَنِ شاةٍ واحدةٍ من جملةِ الثّمَنِ المُسَمّى وهو مجهولُ التّفاوُتِ فاحِشٌ بين شاةٍ وشاةٍ فصار ثَمَنُ الباقي مجهولاً ضَرورةَ جَهالةِ حِصّةِ الشّاةِ النّاقِصةِ.

وإنْ سَمّى لكُلِّ واحدةٍ منها ثَمَنًا على حِدةٍ؛ فالبيعُ جائزٌ بحِصّةِ الباقي منها؛ لأنّ حِصّتَه الزّائدةَ معلومةٌ وحِصّةُ الباقي معلومةٌ فالفسادُ من أينَ؟ من أصحابنا مَنْ قال: هذا مذهبُهما [(٢)]، فأمّا عندَ أبي حنيفةَ عليه الرّحمةُ فالبيعُ فاسِدٌ في الكُلِّ بناءً على أنّ المذهبَ

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «مذهبنا».

عندَه أنّ الصّفْقةَ إذا أُضيفَتْ إلى ما يحتملُ العقدَ وإلى ما لا يحتملُه؛ فالفسادُ يَشيعُ في الكُلِّ، وأكثَرُ أصحابنا على أنّ هذا بلا خلافٍ وهكذا ذُكِرَ في الأصلِ ولم يُذْكَرِ الخلافُ وهو الصّحيحُ؛ لأنّ العقدَ المُضافَ إلى موجودٍ يجوزُ أنْ يَفْسُدَ لمعنًى يوجِبُ الفسادَ ثُمّ يتعَدّى الفسادُ إلى غيرِه.

وأمّا المعدومُ فلا يحتملُ العقدَ أصلاً؛ لأنّه ليس بشيءٍ فلا يوصَفُ العقدُ المُضافُ إليه بالفسادِ [٣/ ٨٠ب] ليتعَدّى إلى غيرِه، بل لم تَصحّ الإضافةُ إليه فيَبْقَى مُضافًا إلى الموجودِ فيصحّ لكنْ للمُشْتَري الخيارُ إنْ شاء أخذ الباقيَ بما سَمّى من الثّمَنِ وإنْ شاء ترك لتَفرُّقِ الصّفْقةِ عليه.

وعلى هذا جميعُ العدَديّاتِ المُتَفاوِتةِ ولو قال: بعْتُ منكَ هذا القطيعَ من الغنَمِ على أنّها مائة شاة، كُلُّ شاتَيْنِ منها بعِشْرينَ درهمًا فالبيعُ فاسِدٌ. وإنْ وجَدَه على ما سَمّى؛ لأنّ ثَمَنَ كُلِّ واحدةٍ من الشّاتَيْنِ مجهولٌ؛ لأنّه لا يعرِفُ حِصّةَ كُلِّ شاةٍ منها من الثّمَنِ إلاّ بعد ضَمِّ شاةٍ أُخرى إليها ولا يعلَمُ أيّةَ شاةٍ يَضُمُّ إليها ليعلَمَ حِصّتَها؛ لأنّه إنْ ضَمّ إليها أردَأ منها كانت حِصّتُها أكثَرَ وإنْ ضَمّ إليها أجوَدَ منها كانت حِصّتُها أقَلّ لذلك فسَدَ البيعُ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وعلى هذا يُخرّجُ قولُ أبي حنيفةَ رحمه الله فيمَنْ باعَ عشرةَ أذْرُعٍ من [مائةِ ذِراعٍ] (١) من هذه الدّارِ أو من هذا الحمّامِ أو من هذه الأرضِ أنّ البيعَ فاسِدٌ.

وقال أبو يوسُفَ ومحمّدٌ: جائزٌ.

ولو باعَ عشرةَ أسهمٍ من مائةِ سَهْمٍ؛ جاز بالإجماعِ والكلامُ فيه يرجعُ إلى معرِفةِ معنى الذِّراعِ فقالا: إنّه اسمٌ في العُرْفِ للسّهْمِ الشّائعِ ولو باعَ عشرةَ أسهمٍ من مائةِ سَهْمٍ من هذه الأشياءِ؛ جاز فكذا هذا.

وأبو حنيفةَ رحمه الله يقولُ: الذّراعُ في الحقيقةِ اسمٌ لما يُذْرَعُ به وإنّما سُمّيَ المذروعُ ذِراعًا مَجازًا إطلاقًا لاسم الفعلِ على المفعولِ فكان بيعُ عشرةِ أذْرُعٍ من دارٍ (٢) معناه: بيعُ قدرِ عشرةِ أذْرُعٍ مِمّا يَحِلُّه الذّراعُ الحقيقيُّ؛ لأنّه لا يَحِلُّ إلاّ مَحلاًّ مُعَيّنًا فكان المبيعُ قدرَ عشرةِ أذْرُعٍ، مُعَيّنٌ من الدّارِ وهو الذي يَحِلُّه الذّراعُ الحقيقيُّ وذلك مجهولٌ في نفسِه قبل

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «مائة ذراع».

الحُلولِ فكان المبيعُ مجهولاً جَهالةً مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ فيوجِبُ فسادَ البيعِ بخلافِ السّهْمِ؛ لأنّه اسمٌ للشّائعِ وهو جزءٌ معلومٌ من الثُّلُثِ والرُّبُعِ والعُشْرِ ونحوِ ذلك، فبيعُ عشرةِ أسهمٍ من مائةِ سَهْمٍ من الدّارِ هو بيعُ عشرةِ أجزاءٍ من مائةِ جزءٍ منها وهو [بيع] [1] عُشْرِها، فقد باعَ جزءًا معلومًا منها فيجوزُ بخلافِ الذِّراعِ فإنّ قدرَ عشرةِ أذْرُعٍ لا يصيرُ معلومًا إلاّ بالحُلولِ على ما مَرّ فقبله يكونُ مجهولاً فكان المبيعُ مجهولاً فلم يصحّ فوَضَحَ الفرقُ بينهما لأبي حنيفةَ.

وَعلى هذا يُخَرّج ضَرْبةُ الغائصِ وهو أنْ يقولَ الغائصُ للتّاجِرِ: أغوصُ لَك غَوْصةً فما أخرَجْته فهو لَك بكذا وهو فاسِدٌ؛ لأنّ المبيعَ [2] مجهولٌ.

وقد رُوِيَ أنّ رسول اللّه ﷺ نَهَى عن ضَرْبةِ الغائصِ [3]، وعلى هذا يُخَرَّجُ أجناسُ هذه المسائلِ وبيعُ رَقَبةِ الطّريقِ وهِبَتُه مُنْفَرِدًا جائزٌ وبيعُ مسيلِ الماءِ وهِبَتُه مُنْفَرِدًا فاسِدٌ.

ووَجه الفرقِ: أنّ الطّريقَ معلومُ الطّولِ والعرْضِ؛ فكان المبيعُ معلومًا فجاز بيعُه بخلافِ المسيلِ فإنّه مجهولُ القدرِ؛ لأنّ القدرَ الذي يَشْغَلُ الماءَ من النّهرِ غيرُ معلومٍ؛ فكان المبيعُ مجهولاً فلم يَجز.

وأمّا العلمُ بأوصافِ المبيعِ والثّمَنِ فهل هو شرطٌ لصحّةِ البيعِ بعدَ العلمِ بالذّاتِ والجهْلُ بها هل هو مانِعٌ من الصِّحّةِ؟

قال أصحابنا: ليس بشرطِ الصّحّةِ، والجهْلُ بها ليس بمانِعٍ من الصّحّةِ لكنّه شرطُ اللُّزومِ فيصحُّ بيعُ ما لم يَرَه المُشْتَرِي لكنّه لا يَلْزَمُ [4] وعندَ الشّافعيِّ رحمه الله كونُ المبيعِ معلومَ الذّاتِ والصِّفةِ من شرائطِ الصّحّةِ حتّى لا يجوزَ بيعُ ما لم يَرَه المُشْتَرِي عندَه [5].

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «البيع».
(٣) ضعيف: أخرجه ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها، برقم (٢١٩٦)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وانظر ضعيف سنن ابن ماجه.
(٤) انظر في مذهب الحنفية: تحفة الفقهاء (٢/ ٨١، ٨٢)، طريقة الخلاف في الفقه (ص ٣٢٠- ٣٢٢)، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٢٩٤، ٢٩٥)، فتح القدير مع الهداية (٦/ ٣٣٥ - ٣٤٠)، البناية مع الهداية (٧/ ١١٦-١٢٢).
(٥) مذهب الشافعية: إذا باع ما لم يره المشتري كـ: بعتك ما في البيت، فالبيع فاسد. انظر: الأم (٣/ ٣)، مختصر المزني (ص٧٥)، المهذب مع المجموع (٩/ ٢٨٨-٢٩٠، ٣٠١، ٣٠٢)، حلية العلماء (٤/ ٨٥-٩٠)، فتح العزيز (٨/ ١٤٥، ١٤٦، ١٥٦، ١٥٨).

وَجهُ قولِه: أنّ جَهالةَ الذّاتِ إنّما مَنَعَتْ صحّةَ العقدِ لإفضائها إلى المُنازَعةِ؛ لأنّ الأعيانَ تختَلِفُ رَغَباتُ النّاسِ فيها لاختلافِ ماليّتِها فالبائعُ إذا سَلّمَ عَيْنًا فمن الجائزِ أنْ يَطْلُبَ المُشْتَري عَيْنًا أُخرى أجوَدَ منها باسمِ الأولى فيتنازَعانِ وجَهالةُ الوصفِ مُفْضيةٌ إلى المُنازَعةِ [(١)] أيضًا؛ لأنّ الغائبَ عن المجلسِ إذا أحْضَرَه البائعُ فمن الجائزِ أنْ يقولَ المُشْتَري: هذا ليس عَيْنَ [(٢)] المبيعِ، بل مثلَه من جِنْسِه، فيقعانِ في المُنازَعةِ بسببِ عَدَمِ الرُّؤْيةِ، ولأنّ عَدَمَ الرُّؤْيةِ يوجِبُ تَمَكُّنَ الغرَرِ في البيعِ، ونَهَى رسولُ اللّه ﷺ عن بيعٍ فيه غَرَرٌ [(٣)]، وبيانُ تَمَكُّنِ الغرَرِ أنّ الغرَرَ هو الخطرُ وفي هذا البيعِ خَطرٌ من وجوهٍ:

أحدُها: في أصلِ المعقودِ عليه.

والثاني: في وصفِه؛ لأنّ دَليلَ الوجودِ إذا كان غائبًا هو الخبَرُ، وخَبَرُ الواحدِ يحتملُ الصِّدْقَ والكذِبَ فيتَرَدّدُ المعقودُ عليه بأصلِه ووَصفِه بين الوجودِ والعدَمِ.

والثالثُ: في وجودِ التّسْليمِ وقتَ وجوبه؛ لأنّ وقتَ الوجوب وقتُ نَقْدِ الثّمَنِ وقد يَتّفِقُ النّقْدُ وقد لا يَتّفِقُ، والغرَرُ من [٣/ ٨١أ] وجهٍ واحدٍ يَكفي لفَسادِ العقدِ فكيف من وجوهٍ ثلاثةٍ.

ورُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «لا تَبِعْ ما ليس عندَك» [(٤)] وعندَ كلِمةُ حَضْرةٍ والغيْبةُ تُنافيها، والخلافُ في البيعِ والشِّراءِ خلافٌ واحدٌ.

ولنا عُموماتُ البيعِ من غيرِ فصلٍ ونصٌّ خاصٌّ وهو ما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «مَنِ اشترى شيئًا لم يَرَه فهو بالخيارِ إذا رَآه» [(٥)] ولا خيارَ شرعًا إلاّ في بيعٍ مشروعٍ ولأنّ رُكنَ البيعِ صَدَرَ من أهلِه مُضافًا إلى مَحَلٍّ هو خالِصُ ملكِه فيصحُّ كشراءِ المرئيِّ؛ وهذا لأنّ وجودَ التّصرُّفِ حقيقةً بوجودِ رُكنِه، ووجودُه شرعًا لصُدورِه من أهلِه وحُلولِه في مَحَلِّه.

وقولُه: جَهالةُ الوصفِ تُفْضي إلى المُنازَعةِ مَمْنوعٌ؛ لأنّه صَدّقَه في خَبَرِه حيثُ اشتَراه فالظّاهرُ أنّه لا يُكذِّبُه ودَعْوَى الغرَرِ مَمْنوعةٌ فإنّ الغرَرَ هو الخطرُ الذي استَوَى فيه طرَفُ

---

(١) في المخطوط: «التنازع».
(٢) في المخطوط: «غير».
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) حديث مرسل: أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٢٦٨)، برقم (١٠٢٠٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٢٦٨) عن الحسن مرسلاً، وللحديث شاهد بمعنى مشابه في الصحيح.

الوجودِ والعدَمِ بمنزلةِ الشّكِّ، وههنا تَرَجّحَ جانِبُ الوجودِ على جانِب العدَمِ بالخبَرِ الرّاجِحِ (صِدْقُه على كذِبه) [١]؛ فلم يكنْ فيه غَرَرٌ على أنّا إنْ سَلّمْنا أنّ الغرَرَ اسمٌ لمُطْلَقِ الخطرِ لكنْ لمَ قُلْتُم: إنّ كُلّ غَرَرٍ يُفْسِدُ العقدَ.

وأمّا الحديثُ: فيحتملُ أنْ يكونَ الغرَرُ هو الخطرُ ويحتملُ أنْ يكونَ من الغرَورِ [٢] فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتمالِ أو نَحمِلُه على الغرَرِ في صُلْب العقدِ بالتّعليقِ بشرطٍ أو بالإضافةِ إلى وقتٍ عَمَلاً بالدّلائلِ كُلِّها.

وأمّا الحديثُ الثّاني: فيحتملُ أنْ يكونَ المُرادُ منه بيعُ ما ليس بمَمْلوكٍ له عن نفسِه لا بطريقِ النّيابةِ عن مالِكِه أو بيعُ شيءٍ مُباحٍ على أنْ يَسْتَوْليَ عليه فيملِكَه فيُسَلِّمَه وهذا يوافِقُ ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**بيعُ السّمَكِ في الماءِ غَرَرٌ**» [٣].

وعلى هذا الخلافِ: إذا باعَ شيئًا لم يَرَه البائعُ أنّه يجوزُ عندَنا، وعندَه لا يجوزُ، وإذا جاز عندَنا فهل يَثْبُتُ الخيارُ للبائعِ؟ فعن أبي حنيفةَ رِوايَتانِ نَذْكُرُ ذلك في موضِعِه إنْ شاء اللّه تعالى.

وَعلى هذا الخلافِ شراءُ الأعمَى وبيعُه جائزٌ عندَنا [٤].

وقال الشّافعيُّ: إذا وُلِدَ أعمَى لا يجوزُ بيعُه وشراؤُه، وإنْ كان بَصيرًا فرأى الشّيءَ ثُمّ عَميَ فاشتَراه جاز وما قاله مُخالِفٌ للحَديثِ والإجماعِ [٥].

أمّا الأوّلُ: فإنّه رُوِيَ عن سَيِّدِنا عُمَرَ رضي الله عنه أنّ النّبيّ عليه الصلاة والسلام حين قال لحِبّانَ بنِ مُنْقِذٍ: «**إذا بايَعْتَ فقُلْ: لا خلابةَ وليَ الخيارُ ثلاثةَ أيامٍ**» [٦] وكان حَبّانُ ضَريرًا.

---

(١) في المخطوط: «على صدقه كذبه». (٢) في المخطوط: «المغرور».

(٣) ضعيف: أخرجه أحمد، (٣٦٦٧)، من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، وعلته الانقطاع.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٨٣)، فتح القدير مع الهداية (٧/ ١٣٢، ١٣٣)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣، ٣٤)، الدر المختار (٤/ ٧٠، ٧١).

(٥) وفي بيان مذهب الشافعية: قال الشافعي: إن كان أكمه لم يجز بيعه وإن عمي بعدما أبصر، جاز عقده على ما كان رآه. انظر: المهذب مع المجموع (٩/ ٣٠٢، ٣٠٣)، حلية العلماء (٤/ ٩٧، ٩٨)، مغني المحتاج (٢/ ٢١)، نهاية المحتاج (٣/ ٤٢٢، ٤٢٣).

(٦) أخرجه البخاري، كتاب: في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: ما ينهى عن إضاعة المال، برقم (٢٤٠٧)، ومسلم، برقم (١٥٣٣)، وأبو داود، برقم (٣٥٠٠)، والنسائي، (٤٤٨٤)، من

وأما الإجماعُ: فإنّ العُمْيانَ في كُلِّ زَمانٍ من لَدُنْ رسولِ اللّه ﷺ لم يُمْنَعوا من بياعاتِهم وأشريَتِهم بل بايَعوا في سائرِ الأعصارِ من غيرِ إنْكارٍ وإذا جاز شراؤُه وبيعُه فلَه الخيارُ فيما اشترى ولا خيارَ له فيما باعَ في أصَحِّ الرِّوايتيْنِ كالبصيرِ ثُمّ بماذا يَسْقُطُ خيارُه؟ نَذْكُرُه في موضِعِه.

وعلى هذا الخلافِ إذا اشترى شيئًا مُغَيّبًا في الأرضِ كالجزَرِ والبصَلِ والفُجْلِ ونحوِها أنّه يجوزُ عندَنا [١]، وعندَه لا يجوزُ ويَثْبُتُ له الخيارُ إذا قَلَعَه، وعندَه لا يجوزُ أصلاً [٢].

وأمّا بيانُ ما يَحْصُلُ به العلمُ بالمبيعِ والثّمَنِ فنَقولُ: العلمُ بالمبيعِ لا يَحْصُلُ إلاّ بالإشارةِ إليه؛ لأنّ التعيين لا يَحْصُلُ إلاّ بها إلاّ إذا كان دَيْنًا كالمُسْلَمِ فيه فيَحْصُلُ العلمُ به بالتّسْميةِ، والعلمُ بالثّمَنِ لا يَحْصُلُ إلاّ بالتّسْميةِ، والإشارةُ إليه عندَنا مَجازٌ عن تَسْميةِ جِنْسِ المُشارِ إليه ونوعِه وصِفَتِه وقدرِه على ما يُعْرَفُ في موضِعِه إنْ شاء اللّه تعالى غيرَ أنّ المبيعَ إنْ كان أصلاً لا بُدّ من الإشارةِ إليه بطريقِ الأصالةِ ليصيرَ معلومًا، وإنْ كان تَبَعًا يصيرُ معلومًا بالإشارةِ إلى الأصلِ؛ لأنّ البيعَ كما لا يُفْرَدُ بعِلّةٍ على حِدةٍ، لا يُفْرَدُ بشرطٍ على حِدةٍ إذْ لو أُفْرِدَ؛ لانقلَبَ أصلاً وهذا قَلْبُ الحقيقةِ.

وبيانُ ذلك في مسائلَ:

إذا باعَ جاريةً حامِلاً من غيرِ مولاها أو بَهيمةً حامِلاً؛ دخلَ الحمْلُ في البيعِ تَبَعًا للأُمِّ كسائرِ أطْرافِها، وإنْ لم يُسَمِّه ولا أشارَ إليه، ولو باعَ عَقارًا دخلَ ما فيها من البناءِ والشّجَرِ بنفسِ البيعِ ولا يدخلُ الزّرْعُ والثّمَرُ إلاّ بقَرينةٍ.

وجملةُ الكلامِ في بيعِ العقارِ: أنّ المبيعَ لا يَخْلو من أنْ يكونَ أرضًا أو كرْمًا أو دارًا أو منزلاً أو بيتًا، وكُلُّ ذلك لا يَخْلو:

إمّا إنْ لم يَذْكُرْ في بيعِه الحُقوقَ ولا المرافِقَ ولا ذَكَرَ كُلّ قليلٍ وكَثيرٍ منها، وإمّا إنْ ذَكَرَ شيئًا من ذلك فإنْ كان المبيعُ أرضًا ولم يَذْكُرْ شيئًا من القرائنِ؛ دخلَ ما فيها من الأبنيةِ

حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٨٣).

(٢) في بيان مذهب الشافعية: إذا باع ماله قشران فأخرج من الأول يدخر بلا فساد، ولم يجز بيعه في قشره، مثل الجوز إذا كان عليه قشره الأعلى. انظر: المزني (ص ٨٠)، المهذب (١/ ٣٧٣).

والأشجارِ ولم يدخلِ الزّرْعُ والثّمارُ عندَ عامّةِ العلماءِ (١).

وقال مالكٌ رحمه الله: ثِمارُ سائرِ الأشجارِ كذلك وكذلك [٣/ ٨١ب] ثَمَرُ النّخْلِ إذا أُبّرَ فأمّا إذا لم يُؤَبّرْ؛ يدخل (٢).

واحتَجّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**مَن باعَ نَخلاً قد أُبّرَت فثَمَرتُها للبائعِ إلّا أنْ يشترِطَها المُبْتاعُ**» (٣) قَيّدَ عليه الصلاة والسلام ملكَ البائعِ في الثّمَرةِ بوَصفِ التّأبيرِ ولو لم يكنْ يختلِفُ الحُكمُ؛ لم يكنْ للتّقْييدِ فائدةٌ.

ولنا ما رُوِيَ عن محمّدٍ رحمه الله في كِتاب الشُّفْعةِ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**مَنِ اشترى أرضًا فيها نَخلٌ فالثّمَرةُ للبائعِ إلّا أنْ يشترِطَها المُبْتاعُ**» (٤) جعل عليه الصلاة والسلام الثّمَرةَ للبائعِ مُطْلَقًا عن وصفٍ وشرطٍ فدَلّ أنّ الحُكمَ لا يختلِفُ بالتّأبيرِ وعَدَمِه ولأنّ النّخْلَ اسمٌ لذاتِ الشّجَرةِ فلا يدخلُ ما عَداه إلاّ بقَرينةٍ زائدةٍ ولهذا لم يدخل ثِمارُ سائرِ الأشجارِ ولا حُجّةَ له فيما رُوِيَ؛ لأنّ تقييدَ الحُكمِ بوَصفٍ لا يَدُلُّ على أنّ الحُكمَ في غيرِ الموصوفِ بخلافِه، بل يكونُ الحُكمُ فيه مسكوتًا موقوفًا على قيام الدّليلِ وقد قامَ، وهو ما رَوَيْنا ولا يُحمَلُ المُطْلَقُ على المُقَيّدِ عندَنا؛ لما فيه من ضَرْب النُّصوصِ بعضُها في بعضٍ وهذا لا يجوزُ لما عُرِفَ في أُصولِ الفقه.

وَكذلك إنْ كان كرْمًا يدخلُ في بيعِه ما فيه من الزّراعةِ والعرائشِ والحوائطِ من غيرِ ذِكرِ قَرينةٍ، ولا تدخلُ الفواكِه والبُقولُ والأصلُ أنّ كُلّ ما رُكِّبَ في الأرضِ يدخلُ وما لم يُرَكّبْ فيها أو رُكِّبَ لا للبقاءِ بل لوقتٍ معلومٍ لا يدخلُ، وكذا يدخلُ الطّريقُ إلى الطّريقِ الأعظَمِ والطّريقُ إلى سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ من غيرِ ذِكرِ قَرينةٍ، وإنْ ذَكَرَ شيئًا من القرائنِ.

فإنْ ذَكَرَ الحُقوقَ أو المرافِقَ دخلَ فيها الشُّرْبُ ومسيلُ الماءِ والطّريقُ الخاصُّ الذي

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي (ص ٦٨)، شرح فتح القدير (٦/ ٢٨٣، ٢٨٤)، البناية (٧/ ٥٦، ٥٨).

وفي بيان مذهب الشافعية: أن من باع أرضًا فيها زرع، لا يؤمر بقطع زرعه في الحال، بل له تركه إلى أوان الحصاد، فعنده يؤمر بالقطع وعليه تسوية الأرض. انظر: حلية العلماء (٤/ ٢٠٧-٢٠٩)، الروضة (٣/ ٥٤٠-٥٥٤).

(٢) مذهب المالكية: أن بيع الثمرة بشرط التبقية باطل، والأصل فيه نهيه ﷺ، وإذا ابتاع أصل نخل وفيها ثمر فإن كان قد أبر فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع. انظر: المعونة (٢/ ٧٢٩، ٧٣٣).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

يكونُ في ملكِ إنسانٍ وهو حقُّ المُرورِ في ملكِه.

ولا يدخلُ الزّرْعُ والثّمَرُ؛ لأنّها أعيانٌ قائمةٌ بنفسِها فلا يتناوَلُها اسمُ الحُقوقِ والمرافِقِ بخلافِ الشُّرْب والمسيلِ والتّطرُّقِ فإنّها عِبارةٌ عن حقِّ الشُّرْب والسّقْيِ والتّسْييلِ والمُرورِ؛ فيتناوَلُها الاسمُ.

وإنْ ذَكَرَ القليلَ والكثيرَ بأنْ قال: بعْتها منك بكُلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو فيها ومنها فهل يدخلُ الزّرْعُ والثّمَرُ؟

يُنظَرُ: إنْ قال في آخِرِه: من حُقوقِها؛ فلا يدخلانِ؛ لأنّ قوله: من حُقوقِها خرج تَفْسيرًا لأوّلِ الكلام فكأنّه نصّ على البيعِ بحُقوقِها، وإنْ لم يَقُلْ في آخِرِه من حُقوقِها؛ دخلَ فيه الزّرْعُ والثّمَرُ وكُلُّ ما كان مُتّصِلاً به؛ لأنّ اسمَ القليلِ والكثيرِ فيه ومنه يتناوَلُ ذلك.

وأمّا المُنْفَصِلُ عنها كالثّمارِ المجذوذةِ والزّرْعِ المحصودِ والحطَب واللّبَنِ والقصَب الموضوعِ فلا يدخلُ في البيعِ إلاّ بالتّسْميةِ، فرقٌ بين البيعِ والإجارةِ أنّ الشُّرْبَ والمسيلَ والطّريقَ الخاصّ في ملكِ إنسانٍ يدخلُ في الإجارةِ من غيرِ ذِكرِ الحُقوقِ والمرافِقِ وفي البيعِ لا يدخلُ بدونِه.

والقياسُ أنْ لا يدخلَ في البابينِ جميعًا إلاّ بالتّسْميةِ إلاّ أنّهم استَحْسَنوا في الإجارةِ؛ لأنّها تُعْقَدُ للانتِفاعِ بالمُسْتَأجَرِ ولا يُمْكِنُ الانتِفاعُ به بدونِ الحُقوقِ فصارتِ الحُقوقُ مَذْكورةً بذِكرِ المُسْتأجِرِ دَلالةً بخلافِ البيعِ فإنّه يُعْقَدُ للملكِ، والانتِفاعُ ليس من ضَروراتِ الملكِ فإنّه [1] يَثْبُتُ الملكُ فيما لا يُنْتَفَعُ به.

وكذا فرقٌ بين البيعِ و[بين] [2] الرّهْنِ: فإنّ مَنْ رَهَنَ عندَ رجلٍ أرضًا فيها زَرْعٌ وأشجارٌ عليها ثِمارٌ وسَلّمَها إليه أنّه يدخلُ في الرّهْنِ كُلُّ ما كان مُتّصِلاً بها من غيرِ تَسْميةِ الحُقوقِ والقليلِ والكثيرِ.

ووَجْه الفرقِ: أنّ تمييزَ الرّهْنِ من غيرِه شرطُ صحّةِ الرّهْنِ على ما نَذْكُرُ في كِتابه فمَتَى أقدَما على عقدِ الرّهْنِ فقد قَصَدا صحّتَه ولا صحّةَ له إلاّ بدُخولِ ما كان مُتّصِلاً بالمرهونِ

---

(١) في المخطوط: «فلا».

(٢) زيادة من المخطوط.

فدخلَ فيه تَصْحيحًا للتّصَرُّفِ؛ إذْ لا صحّةَ بدونِه بخلافِ البيعِ فإنّ تمييزَ المبيعِ من غيرِه ليس بشرطٍ لصحّةِ البيعِ، فلا ضَرورةَ في الدُّخولِ بغيرِ [١] التّسْميةِ فلا يدخلُ بدونِها.

هذا إذا كان المبيعُ أرضًا أو كرْمًا فَإنْ كان دارًا يدخلُ في بيعِها جميعُ ما كان منها من بيتٍ ومنزلٍ وعُلوٍّ وسُفْلٍ وجميعِ ما تَجْمَعُه الحُدودُ الأربعةُ من غيرِ ذِكرِ قَرينةٍ، وتدخلُ أغاليقُ الدّارِ ومَفاتيحُ أغاليقِها.

أمّا الأغاليقُ: فلأنّها رُكِّبَتْ للبقاءِ لا لوقتٍ معلومٍ فتدخلُ كالميزاب.

وأمّا المفاتيحُ: فلأنّ مِفْتاحَ الغلَقِ من الغلَقِ؛ ألا تَرَى أنّه لو اشترى الغلَقَ دخلَ المِفْتاحُ فيه من غيرِ تَسْميةٍ فيدخلُ في البيعِ بدُخولِ الغلَقِ ويدخلُ طريقُها إلى طريقِ العامّةِ وطريقُها إلى سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ، كما يدخلُ في الأرضِ والكرْمِ ويدخلُ الكنيفُ والشّارعُ والجناحُ؟ كُلُّ ذلك يدخلُ من غيرِ قَرينةٍ وهل تدخلُ الظُّلّةُ؟ يُنْظَرُ إنْ لم [٣/ ١٨٢أ] يكنْ مَفْتَحُها إلى الدّارِ؛ لا تدخلُ بالاتِّفاقِ، وإنْ كان مَفْتَحُها إلى الدّارِ؛ لا تدخلُ أيضًا عندَ أبي حنيفة رحمه الله وعندَ أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله تدخلُ.

وجْهُ قولِهما: أنّ الظُّلّةَ إذا كانت مَفْتَحُها إلى الدّارِ كانت من أجزاءِ الدّارِ فتدخلُ تحت بيع الدّارِ كالجناحِ والكنيفِ.

ولأبي حنيفةَ أنّ ظُلّةَ الدّارِ خارِجةٌ عن حُدودِها، فإنّها اسمٌ لما يُظِلُّ [٢] عندَ باب الدّارِ خارِجًا منها فلا تدخلُ تحت بيعِ الدّارِ كالطّريقِ الخارِجِ وبهذا لو حَلَفَ لا يدخلُ هذه الدّارَ فدخلَ ظُلّتَها لا يَحْنَثُ.

وأمّا ما كان لها من بُسْتانٍ فيُنْظَرُ إنْ كان داخِلَ حَدِّ الدّارِ يدخلُ وإنْ كان يَلي الدّارَ لا يدخلُ من غيرِ تَسْميةٍ.

وقال بعضُهم: إنْ كانتِ الدّارُ صَغيرةً يدخلُ وإنْ كانت كبيرةً لا يدخلُ؛ لأنّها إذا كانت صَغيرةً يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ تَبَعًا للدّارِ وإذا كانت كبيرةً لا يُمْكِنُ.

وقال بعضُهم: يَحْكُمُ الثّمَنُ فإنْ صَلَحَ لهما [٣] يدخلُ وإلاّ فلا يدخلُ.

---

(١) في المخطوط: «بدون».

(٢) في المخطوط: «يصل».

(٣) في المخطوط: «لها».

وأمّا مسيلُ الماءِ والطّريقُ الخاصُّ في ملكِ إنسانٍ وحقُّ إلْقاءِ الثّلْجِ : فإنْ ذَكَرَ الحُقوقَ والمرافِقَ يدخلُ ، وكذا إنْ ذَكَرَ كُلّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو فيها ومنها سَواءٌ ذَكَرَ في آخِرِه من حُقوقِها أو لم يَذْكُرْ وتدخلُ الظُّلّةُ أيضًا بلا خلافٍ إذا كان مَفْتَحُها إلى الدّارِ وإذا كان المبيعُ بيتًا فيدخلُ في بيعِه حَوائطُه وسَقْفُه وبابُه والطّريقُ إلى الطّريقِ العامّةِ والطّريقُ إلى سِكّةٍ غيرِ نافِذةٍ من غيرِ ذِكرِ قَرينةٍ .

وأمّا الطّريقُ الخاصُّ في ملكِ إنسانٍ فلا يدخلُ إلاّ بذِكرِ أحدِ القرائنِ الثّلاثِ ولا يدخلُ بيتُ العُلوِ إنْ كان على عُلْوِه بيتٌ وإنْ ذَكَرَ القرائنَ ؛ لأنّ العُلوّ بيتٌ مثلُه فكان أصلاً بنفسِه فلا يكونُ تبَعًا له وإنْ لم يكنْ على عُلْوِه بيتٌ ؛ كان له أنْ يَبنيَ على عُلْوِه .

وإنْ كان البيتُ في دارِه فباعَه من رجلٍ لا يدخلُ في البيعِ طريقُه في الدّارِ إلاّ بذِكرِ الحُقوقِ ثُمّ إنْ كان البيتُ يَلي الطّريقَ الأعظَمَ يَفْتَحُ له بابًا إليه ، وإنْ كان لا يَلي الطّريقَ الأعظَمَ لا يَبْطُلُ البيعُ وله أنْ يَستَأجِرَ الطّريقَ إليه أو يَسْتَعيرَ من صاحِبِ الدّارِ فرقٌ بين هذا وبين القِسْمةِ إذا أصابَ أحدَ الشّريكَيْنِ في الدّارِ بيتٌ أو منزلٌ أو ناحيةٌ منها بغيرِ طريقٍ أنّه يُنْظَرُ إنْ أمكَنَه فتْحُ الباب إلى الطّريقِ ليس له أنْ يتطرّقَ في نصيب شريكِه سَواءٌ ذَكَروا في القِسْمةِ الحُقوقَ والمرافِقَ أو لا .

وكذا إذا كان مسيلُ مائه في نصيب شريكِه قبل القِسْمةِ انقَطَعَ ذلك الحقُّ إنْ أمكَنَه تَسْييلٌ في نصيب نفسِه ؛ ليس له أنْ يُسَيّلَ في نصيب شريكِه ، وإنْ لم يُمْكِنْه تَسْييلُ الماءِ ولا فتْحُ الباب في نصيب نفسِه ويُمْكِنُه ذلك في نصيب شريكِه فإنّه يُنْظَرُ : إنْ ذَكَروا في القِسْمةِ الحُقوقَ أو المرافِقَ فالطّريقُ والمسيلُ يدخلانِ في القِسْمةِ ولا تَبْطُلُ القِسْمةُ وإنْ لم يَذْكُروا ذلك فلا يدخلانِ وتَبْطُلُ القِسْمةُ .

ووَجه الفرقِ: أنّ القِسْمةَ لتَتْميمِ المنفَعةِ وتَكميلِها فإذا أدّتْ إلى تَفْويتِها بَطَلَتْ ، والبيعُ للملكِ لا للانتِفاعِ بالمَمْلوكِ على ما ذَكَرْنا ويجوزُ بيعُ بيتِ العُلوّ دونَ السُّفْلِ إذا كان على العُلوِّ بناءٌ ، وإنْ لم يكنْ عليه بناءٌ لا يجوزُ ؛ لأنّه بيعُ الهَواءِ على الانفِرادِ وإنّه لا يجوزُ ثُمّ إذا باعَ العُلوّ وعليه بناءٌ حتّى جازَ البيعُ فطريقُه في الدّارِ لا يدخلُ الطّريقُ إلاّ بذِكرِ الحُقوقِ .

ويجوزُ بيعُ السُّفْلِ سَواءٌ كان مبنيًّا أو غيرَ مبنيٍّ ؛ لأنّه بيعُ السّاحةِ وذلك جائزٌ وإنْ لم يكنْ عليه بناءٌ ، وإنْ كان المبيعُ منزلاً يدخلُ في بيعِه بيتُ السُّفْلِ ولا يدخلُ بيتُ العُلوِّ ولا

الطّريقُ الخاصُّ إلاّ بذِكرِ الحُقوقِ أو المرافِقِ أو بذِكرِ القليلِ والكثيرِ ؛ لأنّ المنزلَ أعَمُّ من البيتِ وأخَصُّ من الدّارِ فكان بين الدّارِ والبيتِ فيُعْطَى له حُكمٌ بين حُكمَيْنِ فلم يدخلِ العُلوُّ في بيعِ المنزلِ من غيرِ قَرينةٍ اعتِبارًا للخُصوصِ ويدخلُ فيه بقَرينةٍ اعتِبارًا للعُمومِ عَمَلاً بالجِهَتَيْنِ بقدرِ الإمكانِ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ .

ثُمّ إذا لم تدخلِ الثّمَرةُ بنفسِ البيعِ ؛ يُجْبَرُ البائعُ على قَطْعِها من الشّجَرةِ وليس له أنْ يَتْرُكَها [على الشّجَرةِ] (١) إلى وقتِ الإدْراكِ وكذا الزّرْعُ عندَنا ، وعندَ الشّافعيِّ لا يُجْبَرُ وله أنْ يَتْرُكَ الثّمَرةَ على الشّجَرةِ إلى وقتِ الإدْراكِ ويَتْرُكَ الزّرْعَ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ .

وَجهُ قولِه: أنّ الجبْرَ على القطْعِ والقلْعِ لوجوب التّسْليمِ ، ووقتُ وجوب التّسْليمِ هو وقتُ الإدْراكِ ؛ لأنّه لا يُقْطَعُ ولا يُقْلَعُ إلاّ بعدَ الإدْراكِ عادةً فلا يجبُ عليه التّسْليمُ قبله كما إذا انقضَتْ مُدّةُ الإجارةِ والزّرْعُ لم يُسْتَحْصَدْ أنّه لا يُجْبَرُ على القلْعِ بل [٣/ ٨٢ب] يُتْرَكُ إلى أنْ يُسْتَحْصَدَ .

ولنا: أنّ البيعَ يوجِبُ تَسْليمَ المبيعِ عَقيبَه بلا فصلٍ ؛ لأنّه عقدُ مُعاوَضةٍ تمليكٌ بتمليكٍ وتَسْليمٌ بتَسْليمٍ فالقولُ بتأخيرِ التّسْليمِ يُغَيِّرُ مُقْتَضَى العقدِ .

وقولُه: العادةُ أنّ الثّمَرةَ تُتْرَكُ على الشّجَرةِ إلى وقتِ الإدْراكِ .

قُلنا: العادةُ هذا قبل البيعِ أمّا بعدَه فمَمْنوعٌ بل تُقْطَعُ بعدَه ولا تُتْرَكُ ؛ لأنّ ملكَ المُشْتَري مشغولٌ بملكِ البائعِ فلا بُدّ من إزالةِ الشّغْلِ وذلك بقَطْعِ الثّمَرةِ هكذا نَقولُ في مسألةِ الإجارةِ : إنّه يجبُ تَسْليمُ الأرضِ عندَ انتِهاءِ المُدّةِ وإنّما تُتْرَكُ بإجارةٍ جَديدةٍ بأُجْرةٍ أُخرى وهذا حُجّةٌ عليه ؛ لأنّه لو تُرِكَ بالعقدِ الأوّلِ لَما وجَبَتْ أُجْرةٌ أُخرى وسَواءٌ أُبِّرَ أو لم يُؤَبَّرْ بأنْ كان المبيعُ نَخْلاً بعدَ أنْ ظَهَرَتِ الثّمَرةُ من الشّجَرةِ وبانَتْ منها ؛ ليس له أنْ يَتْرُكَها على شَجَرةِ المُشْتَري إلاّ برِضاه لما قُلْنا .

ولو تركها على الشّجَرةِ إلى أنْ أدرَكَتْ فإنْ كان التّرْكُ بإذنِ المُشْتَري طابَ له الفضْلُ ، وإنْ كان بغيرِ (إذنِ المُشْتَري) (٢) يُنْظَرُ إنْ كان قد تَناهَى عِظَمُها يَطيبُ له الفضْلُ أيضًا ؛ لأنّها لا تَزْدادُ بعدَ ذلك بل تَنْتَقِصُ وإنْ كان صِغارًا لم يتناهَ عِظَمُها لا يَطيبُ له الفضْلُ ؛ لأنّه

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط : «إذنه».

تَوَلّدَ من أصلٍ مَمْلوكٍ لغيرِه .

ولو استَأجَرَ البائعُ الشّجرةَ ليَتْرُكَ الثّمَرَ عليها إلى وقتِ الجُذاذِ؛ لم تَجز هذه الإجارةُ؛ لأنّ جَوازَ الإجارةِ مع أنّ القياسَ يأباها لكَوْنِها بيعَ المعدومِ لتَعامُلِ النّاسِ والنّاسُ ما تَعامَلوا هذا النّوعَ من الإجارةِ كما لم يتعامَلوا استِئْجارَ الأشجارِ لتَجْفيفِ الثّياب وتَجْفيفِ اللّحم، لكنْ لو فعَلَ يَطيبُ له الفضْلُ؛ لأنّه ترك بإذنِ المُشْتَري وهذا بخلافِ الإجارةِ إذا انقضَتْ مُدّتُها والزّرْعُ بقْلٌ لم يُسْتَحْصَدْ بعدُ أنْ يُتْرَكَ فيه إلى وقتِ الحصادِ بالأُجْرةِ؛ لأنّ التّرْكَ بالأُجْرةِ هناك مِمّا جَرَى به التّعامُلُ فكان جائزًا .

هذا إذا لم يُسَمِّ الثّمَرةَ [١] في بيعِ الشّجَرِ فَأمّا إذا سَمّى [٢] دخلَ الثّمَرُ مع الشّجَرِ في البيعِ وصار للثّمَرةِ حِصّةٌ من الثّمَنِ ويَنْقَسِمُ الثّمَنُ عليهما يومَ العقدِ؛ لأنّه لَمّا سَمّاها فقد صارتْ مَبيعًا [٣] مقصودًا لوُرودِ فعلِ البيعِ عليه حتّى لو هَلَكَ الثّمَرُ قبل القبْضِ بآفةٍ سَماويّةٍ أو بفعلِ البائعِ تَسْقُطُ حِصّتُه من الثّمَنِ عن المُشْتَري كما لو هَلَكَ الشّجَرُ قبل القبْضِ والمُشْتَري بالخيارِ: إنْ شاء أخذ الشّجَرَ بحِصّتِه من الثّمَنِ، وإنْ شاء ترك؛ لأنّ الصّفْقةَ تفَرّقَتْ عليه .

ولو جَذّه البائعُ والمجذوذُ قائمٌ بعَيْنِه يُنْظَرُ إنْ جَذّه في حينِه ولم يُنْقِصْه الجُذاذُ فلا خيارَ للمُشْتَري ويقبضُهما بجميعِ الثّمَنِ .

ولو قَبَضَهما بعدَ جُذاذِ البائعِ ثُمّ وجَدَ بأحدِهما عَيْبًا؛ له أنْ يَرُدّ المعيبَ خاصّةً؛ لأنّه قَبَضَهما وهما مُتَفرّقانِ وقتَ القبْضِ فصارا كأنّهما كانا مُتَفرّقَيْنِ وقتَ العقدِ بخلافِ ما إذا جَذّه المُشْتَري بعدَ القبْضِ ثُمّ وجَدَ بأحدِهما عَيْبًا؛ أنّه ليس له أنْ يَرُدّ المعيبَ خاصّةً بل يَرُدّهما جميعًا أو يُمْسِكَهما؛ لأنهما كانا مُجْتَمِعَيْنِ عندَ البيعِ وعندَ القبْضِ جميعًا، فإفرادُ أحدِهما بالرّدّ [٤] يكونُ تَفريقَ الصّفْقةِ بعدَ وُقوعِها مُجْتَمِعةً وهذا لا يجوزُ .

هذا إذا لم يُنْقِصْه الجُذاذُ بأنْ جَذّه البائعُ في حينِه وأوانِه فأمّا إذا أنْقَصَه بأنْ جَذّه في غيرِ حينِه تَسْقُطُ عن المُشْتَري حِصّةُ النُّقْصانِ؛ لأنّه لَمّا نَقَصَه الجُذاذُ فقد أتْلَفَ بعضَ المبيعِ قبل القبْضِ فتَسْقُطُ عن المُشْتَري حِصّتُه من الثّمَنِ وله الخيارُ في الباقي لتَفرُّقِ الصّفْقةِ عليه

(١) في المخطوط: «الثمر».
(٢) في المطبوع: «سماه».
(٣) في المخطوط: «منتفعًا».
(٤) في المخطوط: «عن الآخر».

وإذا قَبَضَهما المُشْتَري بعدَ جُذاذِ البائعِ ثُمّ وجَدَ بأحدِهما عَيْبًا له أنْ يَرُدّ المعيبَ خاصّةً؛ لأنّه قَبَضَهما وهما مُتَفَرِّقانِ فصارا كأنّهما كانا مُتَفَرِّقَيْنِ عندَ العقدِ.

وَعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا اشترى شَجَرةً: أنّه هل يدخلُ في شرائها أصلُها وعُروقُها وأرضُها؟

فجملةُ الكلامِ فيه: أنّ هذا لا يَخْلو من ثلاثةِ أوجُهٍ:

إمّا أنِ اشتَراها بغيرِ أرضِها للقَلْعِ وإمّا أنِ اشتَراها بقَرارِها من الأرضِ للتّرْكِ لا للقَلْعِ وإمّا أنِ اشتَراها ولم يَذْكُرْ شيئًا.

فإنِ اشتَراها بغيرِ أرضِها للقَلْعِ دخلَ فيها أصلُها ويُجْبَرُ المُشْتَري على القلْعِ وله أنْ يقلَعَها بأصلِها لكنْ قَلْعًا مُعْتادًا مُتعارَفًا وليس له أنْ يَحْفِرَ الأرضَ إلى ما يتناهَى إليه العُروقُ؛ لأنّ المعروفَ بالعُرْفِ كالمشْروطِ بالشّرطِ إلاّ إذا شرَطَ البائعُ القطْعَ على وجه الأرضِ فلا يدخلُ فيه أصلُها، أو لم يشترِطْ لكنْ في القطْعِ من أصلِها ضَرَرٌ بالبائعِ [٣/١٨٣أ] بأنْ كان بقُرْب حائطِه أو على حافّةِ نَهْرِه فيَخافُ الخلَلَ على الحائطِ أو الشّقّ في النّهرِ فقَطْعُها على وجه الأرضِ دونَ أصلِها؛ لأنّ الضّرَرَ لا يُسْتَحقُّ بالعقدِ فإنْ قَلَعَ أو قَطَعَ ثُمّ نَبَتَ من أصلِها أو عُروقِها شَجَرةٌ أُخرى فهي للبائعِ لا للمُشْتَري؛ لأنّه رَضِيَ أنْ يكونَ المبيعُ القدرَ المقطوعَ فيكونُ الباقي للبائعِ إلاّ إذا قَطَعَ من أعلى الشّجَرةِ فالنّابتُ [(١)] يكونُ للمُشْتَري؛ لأنه نَماءُ ملكِه وإنِ اشتَراها بقَرارِها من الأرضِ للتّرْكِ لا للقَلْعِ؛ فيدخلُ فيها أرضُها ولا يُجْبَرُ على القلْعِ؛ لأنّه مَلَكَ الشّجَرةَ مع موضِعِها فلم يكنْ ملكُ البائعِ مشغولاً به فلا يملِكُ إجبارَه على القَلْعِ وله أنْ يَغْرِسَ مَكانها أُخرى؛ لأنّه يَغْرِسُ في ملكِ نفسِه.

وأمّا إذا اشتَراها من غيرِ شرطِ القلْعِ ولا التّرْكِ، لم يَذْكُرْ هذا في ظاهرِ الرّوايةِ وذَكَرَ في غيرِ روايةِ الأُصولِ اختلافًا بين أبي يوسُفَ ومحمّدٍ رحمهما الله فقال: على قولِ أبي يوسُفَ لا تدخلُ الأرضُ في البيعِ وعلى قولِ محمّدٍ: تدخلُ.

وَجْهُ قولِ محمّدٍ: أنّ المُسَمّى في البيعِ هو الشّجَرةُ وهي اسمٌ للقائمِ على أرضِها بعُروقِها فأمّا بعدَ القلْعِ فهي خَشَبٌ لا شَجَرٌ فلا بُدّ وأنْ تدخلَ الأرضُ فيه؛ ولهذا دخلَتْ في الإقرارِ بالإجماعِ بأنْ أقَرّ لرجلٍ بشَجَرٍ في أرضِه حتّى كانتِ الشّجَرةُ مع أرضِها للمُقَرِّ له كذا هذا.

---

(١) في المخطوط: «فالثابت».

ولأبي يوسف: أنّ الأرضَ أصلٌ والشّجَرةَ تابعةٌ لها؛ ألا تَرَى أنّها تدخلُ في بيعِ الأرضِ من غيرِ شرطٍ تَبَعًا للأرضِ؟ فلو دخلَتْ في بيعِ الشّجَرةِ لاستَتْبَعَ التّبَعُ الأصلَ وهذا قَلْبُ الحقيقةِ وإنّما دخلَتْ في الإقرارِ بالشّجَرةِ؛ لأنّ الإقرارَ إخبارٌ عن كائنٍ فلا بُدّ من كونٍ سابقٍ على الإقرارِ وهو قيامُها في الأرضِ التي هي قَرارُها وذلك دَليلُ كونِ الأرضِ للمُقَرّ له بسببٍ سابقٍ فكان الإقرارُ بكَوْنِ الشّجَرةِ له إقرارًا بكَوْنِ الأرضِ له أيضًا، ومثلُ هذه الدّلالةِ لم توجَدْ في البيعِ فلا يدخلُ واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

وَلو اشترى صَدَفةً فوَجَدَ فيها لُؤْلُؤةً فهي للمُشْتَري؛ لأنّها تَتَوَلّدُ من الصّدَفةِ بمنزلةِ البيضةِ تَتَوَلّدُ من الدّجاجةِ فكانت بمنزلةِ أجزائها فتدخلُ في بيعِها كما تدخلُ البيضةُ في بيعِ الدّجاجةِ.

وكذلك إذا اشترى سَمَكةً فوَجَدَ فيها لُؤْلُؤةً؛ لأنّ السّمَكَ يأكلُ الصّدَفةَ فصار كما لو اشترى سَمَكةً فوَجَدَ فيها سَمَكةً أُخرى؛ أنّ الثّانيةَ تكونُ له، ولو اشترى دَجاجةً فوَجَدَ فيها لُؤْلُؤةً فهي للبائعِ؛ لأنّ اللُّؤْلُؤَ لا يتوَلّدُ من الدّجاجِ ولا هو من عَلَفِها فلا يدخلُ في بيعِها.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ رحمه الله أنّ كُلّ شيءٍ يوجدُ في حَوْصَلةِ الطّيْرِ إنْ كان مِمّا يأكلُه الطّيْرُ فهو للمُشْتَري؛ لأنّه يكونُ بمنزلةِ العلَفِ له؛ وإنْ كان مِمّا لا يأكلُه الطّيْرُ فهو للبائعِ.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا باعَ رَقيقًا وله مالٌ أنّ مالَه لا يدخلُ في البيعِ ويكونُ للبائعِ إلاّ أنْ يشترِطَه المُبْتاعُ؛ لما رُوِيَ عن النّبيِّ عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «**مَنْ باعَ عبدًا وله مالٌ فمالُه للبائعِ إلّا أنْ يشترِطَ المُبْتاعُ**»[1] وهذا نصٌّ في الباب ولأنّ العبدَ وما في يَدِه لمولاه؛ لأنّه مَمْلوكٌ لا يقدِرُ على شيءٍ والمولى ما باعَ ما في يَدِ العبدِ؛ لأنّ الدّاخِلَ تحتَ البيعِ هو العبدُ فلا يدخلُ في بيعِه ما ليس منه والقياسُ أنْ لا تدخلَ ثيابُ بَدَنِه كما لا يدخلُ اللّجامُ والسّرْجُ والعِذارُ في بيعِ الدّابّةِ؛ لما قُلْنا لكنّهم استَحْسَنوا في ثياب البِذْلةِ والمِهْنةِ وهي التي يَلْبَسُها في اليومِ والليلةِ لتَعامُلِ النّاسِ وتَعارُفِهم.

وأمّا الثّيابُ النّفيسةُ التي لا يَلْبَسُها إلاّ وقتَ العرْضِ للبيعِ فلا تدخلُ في البيعِ لانعِدامِ التّعارُفِ في ذلك فبقيَ على أصلِ القياسِ وهذا مِمّا يختلِفُ باختلافِ عُرْفِ النّاسِ

(١) سبق تخريجه.

وعاداتِهم في كُلِّ بَلَدٍ فبُنِيَ الأمرُ فيه على ذلك، وكذا لو أعتَقَ عبدَه على مالٍ فمالُه لمولاه لما قُلْنا.

وكذا لو أعتَقَ مُدَبَّرَه أو أُمَّ ولدِه؛ لأنّه مرقوقٌ مَمْلوكٌ فلا يكونُ له مالٌ ولو كاتَبَ عبدَه فما كان له من المالِ وقتَ الكِتابةِ يكونُ لمولاه؛ لأنّه كسْبُ القِنِّ وما اكتَسب بعدَ الكِتابةِ يكونُ له؛ لأنّه كسْبُ المُكاتَبِ ولأنّه حُرٌّ يَدًا فكان كسْبُه له واللّه سبحانه وتعالى أعلَمُ.

ومنها: أنْ يكونَ مقدورَ التّسْليمِ من غيرِ ضَرَرٍ يَلْحقُ البائعَ فإنْ لم يُمْكِنْ تَسْليمُه إلاّ بضَرَرٍ يَلْزَمُه فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنّ الضّرَرَ لا يُسْتَحقُّ بالعقدِ ولا يَلْزَمُ [١] بالتِزامِ العاقِدِ إلاّ ضَرَرُ تَسْليمِ المعقودِ عليه، فأمّا ما وراءَه فلا.

وعلى هذا يَخْرُجُ ما إذا باعَ جِذْعًا له في سَقْفٍ أو آجُرًّا له في حائطٍ أو ذِراعًا [٣/ ٨٣ب] في ديباجٍ أو كِرْباسٍ أنّه لا يجوزُ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه تَسْليمُه إلاّ بالنّزْعِ والقطْعِ وفيه ضَرَرٌ بالبائعِ والضّرَرُ غيرُ مُسْتَحقٍّ بالعقدِ فكان هذا على هذا التّقْديرِ بيعَ ما لا يجبُ تَسْليمُه شرعًا فيكونُ فاسِدًا فإنْ نَزَعَه البائعُ أو قَطَعَه وسَلّمَه إلى المُشْتَري قبل أنْ يَفْسَخَ المُشْتَري البيعَ؛ جاز البيعُ حتّى يُجْبَرَ المُشْتَري على الأخذِ؛ لأنّ المانِعَ من الجوازِ ضَرَرُ البائعِ بالتّسْليمِ فإذا سَلّمَ باختيارِه ورِضاه فقد زالَ المانِعُ فجاز البيعُ ولزِمَ، وفَرْقٌ بين هذا وبين بيعِ الأليةِ في الشّاةِ الحيّةِ والنّوَى في التّمْرِ والزّيْتِ في الزّيْتونِ والدّقيقِ في الحِنْطةِ والبزْرِ في البطّيخِ. ونحوِها أنّه لا يَنْعَقِدُ أصلاً حتّى لو سَلِمَ؛ لم يَجز، وقد ذَكَرْنا وجهَ الفرقِ فيما تَقَدّمَ، والأصلُ المحفوظُ أنّ ما لا يُمْكِنُ تَسْليمُه إلاّ بضَرَرٍ يرجعُ إلى قَطْعِ اتّصالٍ ثابتٍ بأصلِ الخِلْقةِ فبيعُه باطِلٌ وما لا يُمْكِنُ تَسْليمُه إلاّ بضَرَرٍ يرجعُ إلى قَطْعِ اتّصالٍ عارِضٍ فبيعٌ فاسِدٌ إلاّ أنْ يُقْطَعَ باختيارِه ويُسْلَمَ فيجوزُ.

والقياسُ على هذا الأصلِ أنْ يجوزَ بيعُ الصّوفِ على ظَهْرِ الغنَمِ؛ لأنّه يُمْكِنُ تَسْليمُه من غيرِ ضَرَرٍ يَلْزَمُه بالجزِّ إلاّ أنّهم استَحْسَنوا عَدَمَ الجوازِ للنّصِّ، وهو ما رُوِيَ [٢] عن عبدِ اللّه بنِ عَبّاسٍ رضي الله عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ [٣]، ولأنّ الجزّ من أصلِه لا يَخْلو عن الإضْرارِ بالحيَوانِ، وموضِعُ الجزِّ فيما فوْقَ ذلك غيرُ معلومٍ فتَجْري فيه المُنازَعةُ فلا

(١) في المخطوط: «يلتزمه».
(٢) في المخطوط: «روينا».
(٣) سبق تخريجه.

يجوزُ.

ولو باعَ حِلْيَةَ سَيْفٍ فإنْ كان يتخَلّصُ من غيرِ ضَرَرٍ يجوزُ وإنْ كان لا يتخَلّصُ إلاّ بضَرَرٍ فالبيعُ فاسِدٌ إلاّ إذا فصَلَ وسَلّمَ.

وعلى هذا: بناءٌ بين رجلَيْنِ والأرضُ لغيرِهما فباعَ أحدُهما نصيبَه من البناءِ لغيرِ شريكِه لم يَجز؛ لأنّه لا يُمْكِنُ [1] تَسْليمُه إلاّ بضَرَرٍ وهو نَقْضُ البناءِ.

وكذا زَرْعٌ بين رجلَيْنِ أو ثِمارٌ بينهما في أرضٍ لهما حقُّ التّرْكِ فيها إلى وقتِ الإدْراكِ فباعَ أحدُهما نصيبَه قبل الإدْراكِ لم يَجز؛ لأنّه لا يُمْكِنُ تَسْليمُه إلاّ بضَرَرِ صاحِبه؛ لأنّه يُجْبَرُ على القلْعِ للحالِ وفيه ضَرَرٌ به.

ولو باعَ بعدَ الإدْراكِ جاز لانعِدامِ الضّرَرِ وكذا إذا كان الزّرْعُ كُلُّه لرجلٍ ولم يُدْرَك فباعَ الزّرْعَ لم يَجز؛ لأنّه لا يُمْكِنُ تَسْليمُه إلاّ بقَطْعِ الكُلِّ وفيه ضَرَرٌ، ولو كان بعدَ الإدْراكِ جاز لانعِدامِ الضّرَرِ.

دارٌ أو أرضٌ بين رجلَيْنِ مَشاعٌ غيرُ مقسومٍ فباعَ أحدُهما بيتًا منها بعَيْنِه قبل القِسْمةِ أو باعَ قِطْعةً من الأرضِ بعَيْنِها قبل القِسْمةِ لم يَجز لا في نصيبه ولا في نصيب صاحِبه، أمّا في نصيبه خاصّةً [فظاهرٌ، وأمّا في نصيب صاحِبه فلأنّ فيه إضْرارًا بصاحِبه بإحداثِ زيادةِ شرِكةٍ.

ولو باعَ جميعَ نصيبه] [2] من الدّارِ والأرضِ جاز؛ لأنّه لم يُحْدِثْ زيادةَ شرِكةٍ، وإنّما قامَ المُشْتَري مقامَ البائعِ.

ولو باعَ اللُّؤْلُؤةَ في الصّدَفةِ ذَكَرَ الكَرْخيُّ رحمه الله: أنّه لا يجوزُ؛ لأنّه لا يُمْكِنُ تَسْليمُها [3] إلاّ بشَقِّ الصّدَفةِ، وإنّه ضَرَرٌ فيما وراءَ المعقودِ، فصار كبيعِ الجِذْعِ في السّقْفِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسُفَ أنّه يجوزُ [4]؛ لأنّه لا يتضَرّرُ بشَقِّ الصّدَفةِ؛ لأنّ الصّدَفَ لا يُنْتَفَعُ به إلاّ بالشّقِّ ولو باعَ قَفيزًا من هذه الصُّبْرةِ أو عشرةَ دراهمَ من هذه النّقْرةِ جاز؛ لأنّه لا يتضَرّرُ بالفصلِ والتّمْييزِ.

---

(١) في المخطوط: «يمكنه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «تسليمه».
(٤) في المخطوط: «لا يجوز».

وكذا لو باعَ القوائمَ على رُءوسِ الأشجارِ أو باعَ الثِّمارَ على رُءوسِ الأشجارِ بشرطِ القطْعِ أو مُطْلَقًا جاز لما قُلْنا.

وكذا لو باعَ بناءَ الدّارِ دونَ العرْصةِ أو الأشجارَ القائمةَ على الأرضِ دونَ الأرضِ أو الزّرْعَ أو البُقول القائمةَ قبل الجذِّ أنّه يجوزُ؛ لأنّه يُمْكِنُه تَسْليمُ هذه الأشياءِ من غيرِ ضَرَرٍ والله سبحانه وتعالى أعلَمُ.

* * *

الفهرس

* * *